

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

AMANDA GEHR

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

**CURITIBA
2012
AMANDA GEHR**

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Prof. orientador: Dr. Paulo César Busato

**CURITIBA
2012**

AMANDA GEHR

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Paulo César Busato

Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

Prof^a. Dra. Priscilla Plachá Sá

Curitiba, 17 de dezembro de 2012

*À minha avó Hilda, que, pela primeira vez,
sentou-se ao meu lado na escadaria da
Santos Andrade e despertou em mim o
sonho que agora se realiza.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Maurício e Janaína, que me ensinaram que o suor precede os aplausos.

Aos meus irmãos, Fellipe e Roberta, pelo apoio incondicional em todos os momentos.

Agradeço, ainda, à minha avó Hilda, cujas lições, fruto de “décadas de prática”, me são repassadas dia após dia da forma mais carinhosa e sincera.

Ao professor Paulo Busato, não só pela disponibilização de seu tempo, energia e vasta biblioteca, mas especialmente por dar vida à palavra “mestre”. Profissional exemplar e docente por vocação, é alguém que muito me inspira, despertando em mim a vontade de lançar mão do Direito para “mudar o mundo”.

Aos amigos mais *magya* que eu poderia ter: Camilla, Lígia, Camila, Isabelle, Lana, Luís, Larissa, Patrícia e Anaíse, pela parceria inestimável nestes cinco anos de faculdade, que sei que se estenderá para toda a vida. Às três últimas, em especial, por tudo que aqueles quatro meses representam até hoje: encontro em vocês o amor, compreensão e apoio dignos de irmãs.

RESUMO

A teoria da cegueira deliberada, de origem inglesa, busca solucionar os casos em que o agente, ignorando de forma deliberada dados penalmente relevantes à sua conduta, provoca a realização de um resultado ilícito. A teoria vem sendo aplicada em diversos ordenamentos jurídicos, especialmente nos Estados Unidos e na Espanha, contudo não se verifica uma uniformidade nas teses e decisões. Não há, aliás, consenso sequer em relação ao conceito de cegueira deliberada. Para efeitos deste trabalho, contudo, entende-se por cegueira deliberada o grupo de casos em que o agente opta deliberadamente por ignorar certos dados penalmente relevantes e sua conduta acaba por realizar um resultado ilícito. No Brasil, a doutrina e jurisprudência já aplicam a teoria da cegueira deliberada, ainda que de forma tímida. É necessário, portanto, fazer um estudo acerca da compatibilidade da teoria da cegueira deliberada com o Direito penal brasileiro, a fim de se verificar a possibilidade de sua aplicação e, em caso afirmativo, em que termos. Pois bem, ainda que a doutrina estrangeira já tenha superado a noção ontológica de dolo, a doutrina brasileira se mostra bastante apegada a essa perspectiva, especialmente por filiar-se ao finalismo. A jurisprudência, por sua vez, já adota a noção de dolo normativo, ou seja, busca aferir o elemento subjetivo por meio de circunstâncias objetivas de cada caso concreto. Analisando-se, finalmente, os contornos do dolo traçados pelo legislador, conclui-se pela possibilidade de importação da teoria da cegueira deliberada ao Direito penal brasileiro: o sujeito que age ignorando deliberadamente dados penalmente relevantes atua com dolo eventual e, ainda, em erro de proibição vencível, merecendo a redução de pena prevista no artigo 21 do Código Penal.

Palavras-chave: teoria da cegueira deliberada; dolo; direito penal brasileiro.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA.....	2
2.1 ORIGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO E EVOLUÇÃO NO DIREITO COMPARADO.....	2
2.1.1 A teoria da cegueira deliberada no sistema do <i>Common Law</i>	2
2.1.2 O desenvolvimento da ideia de cegueira deliberada no âmbito do <i>Civil Law</i>	6
2.2 CONCEITO E DELIMITAÇÃO.....	7
2.2.1 Propostas de definição no Direito norte-americano.....	7
2.2.2 Proposta de definição por Ragués i Vallès.....	10
2.2.2.1 Ignorância deliberada em sentido estrito.....	12
2.2.2.2 Grupos de casos classificados segundo os motivos.....	13
2.2.3 Considerações preliminares.....	14
3. A EVOLUÇÃO SOBRE AS PERSPECTIVAS SOBRE O DOLO E O CENÁRIO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO.....	16
3.1 BREVÍSSIMO RETROSPECTO HISTÓRICO.....	16
3.2 O PERFIL LEGISLATIVO E DOUTRINÁRIO BRASILEIRO.....	28
3.2.1 Conteúdo do dolo.....	29
3.2.2 Modalidades do dolo.....	32
3.2.3 Teorias que fundamentam o dolo.....	35
4. A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	39
4.1 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA JURISPRUDÊNCIA E PRÁXIS FORENSE BRASILEIRAS.....	39
4.2 PROBLEMAS QUE RONDAM A IMPORTAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	49
4.3 DÚVIDAS DE LEGALIDADE.....	50
4.3.1 Conceito de dolo.....	52
4.3.2 Conceito de erro.....	55
4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
5 CONCLUSÃO.....	59
BIBLIOGRAFIA.....	60

1 INTRODUÇÃO

A teoria da cegueira deliberada busca solucionar os casos em que o agente comete um crime ignorando, contudo, dados penalmente relevantes à sua conduta. Face à crescente adoção da teoria em ordenamentos jurídicos diversos, o presente trabalho se propõe a analisar a compatibilidade da ignorância deliberada com o Direito penal brasileiro, verificando-se, ao final, se há ou não possibilidade de ser ela utilizada no ordenamento pátrio.

Para tanto, iniciar-se-á fazendo um apanhado da origem e também evolução histórica da teoria da cegueira deliberada no Direito comparado. Verificar-se-á, também, os conceitos de cegueira deliberada que a doutrina estrangeira propõe.

Em seguida, passar-se-á ao estudo do dolo no Direito penal brasileiro. Para tanto, é necessário fazer um breve retrospecto histórico, tratando das teorias mais significativas até chegar às modernas tendências. Buscar-se-á, então, delinear os contornos do dolo no cenário jurídico-penal brasileiro, analisando os perfis legislativo e doutrinário para tanto.

Finalmente, analisar-se-á a entrada que a teoria da cegueira deliberada já tem no Direito penal brasileiro, seja na jurisprudência ou na doutrina. Tratar-se-á, ainda, dos problemas que envolvem a importação do instituto, especialmente as supostas barreiras legais, a fim de se poder concluir, por fim, se a teoria da cegueira deliberada pode ou não ser aplicada com propriedade no Direito penal brasileiro.

2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Neste primeiro capítulo se buscará apresentar a teoria da cegueira deliberada. Assim, iniciar-se-á tratando da origem histórica do tema e da evolução que ele teve no direito comparado, para então se passar a discorrer acerca de propostas de definições da teoria em si e eventuais fatores que podem fazer parte de sua composição.

2.1 ORIGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO E EVOLUÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Neste ponto se buscará relatar, de forma concisa e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, a origem histórica da teoria da cegueira deliberada. Será apresentada, ainda, a trajetória do instituto ao longo do tempo, tanto no sistema da *Common Law* quanto no da *Civil Law*, mais especificamente na Inglaterra, Estados Unidos e Espanha - países em que a teoria mais se destacou.

2.1.1 A teoria da cegueira deliberada no sistema do *Common Law*

A teoria da cegueira deliberada, doutrina que recentemente se passou a aplicar no Direito brasileiro¹, é originária da *Common Law*, mais especificamente do Direito inglês.

A primeira vez que se equiparou, no plano Judiciário, o conhecimento e a cegueira deliberada foi em 1861, no caso *Regina vs. Sleep*, no qual se revisava a condenação de um sujeito acusado de gestão ruinosa, infração esta que requer o conhecimento por parte do autor de que se trata de bens de titularidade estatal. *Sleep* entregou para que fosse embarcado em um navio um barril que continha parafusos de cobre, alguns dos quais marcados com um sinal em forma de flecha

¹ No último capítulo será feita uma análise mais detida da menção à teoria da cegueira deliberada na jurisprudência brasileira. Neste momento, a título de exemplo, podem ser citados os seguintes julgados: Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia, Recurso Ordinário 872351148, Relator Elcio Arruda, Julgamento em 30/11/2010, Publicado no DJE/TRE-RO em 06/12/2010; Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Segunda Turma, Apelação Criminal 5520 CE 0014586-40.2005.4.05.8100, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Julgamento em 09/09/2008, Publicado no Diário da Justiça em 22/10/2008; Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, Seção Criminal, Ação Penal 29858 MS 2007.029858-9, Relator Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, Julgamento em 18/02/2009, Publicação em 20/03/2009.

que indicava que eram de propriedade estatal. Condenado em primeiro grau, recorreu alegando não ter consciência de que se tratava de bem estatal, e o juiz decidiu revogar sua condenação já que o Júri não considerou que o agente sabia que os bens estavam marcados, nem que se abstera intencionalmente de obter este conhecimento. A partir deste entendimento pode-se concluir que, caso restasse comprovada a intenção do indivíduo de abster-se, mereceria ele uma resposta punitiva semelhante à dada em caso de conhecimento certo².

Com base neste primeiro julgado desenvolveu-se a chamada *willful blindness*. As decisões que se seguiram, ressalte-se, não esclarecem se para aplicar a equiparação sustentada no precedente citado é necessário demonstrar que o sujeito suspeitava, quando menos, da possibilidade de uma atividade ilícita, ou se esta equiparação só poderia ser utilizada às alegações de desconhecimento absolutamente inverossímeis por parte de alguns acusados. Fato é que no final do século XIX a referida equiparação estava plenamente assentada na doutrina inglesa³.

Em 1899, pela primeira vez, a teoria da *willful blindness* foi apreciada na Suprema Corte norte-americana, no caso *Spurr vs. United States*⁴, em que se revisava a condenação de Spurr, presidente do *Commercial National Bank of Nashville*, condenado por ter certificado diversos cheques emitidos por um cliente cuja conta carecia de fundos. A lei aplicável dispõe que para que tal conduta possa ser sancionada penalmente é necessária uma violação intencionada dos preceitos que regulam a emissão de cheques. O Tribunal Supremo entendeu que se um oficial certifica cheques com a intenção de que o emissor obtenha dinheiro do banco, em que pese não haver fundos, tal certificação não só é ilícita como pode ser imputado a ele o propósito de violar a lei. Essa "má intenção" pode ser presumida quando o oficial se mantém deliberadamente na ignorância acerca da existência de fundos na conta em questão, ou quando mostra grande indiferença a respeito de seu dever de se assegurar acerca desta circunstância.

² ROBBINS, Ira P. "The Ostrich Instruction: Deliberated Ignorance as a Criminal Mens Rea", Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, 1990, p. 196. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 65.

³ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 66.

⁴ Conforme indica Ira P. Robbins. ROBBINS, Ira P. "The Ostrich Instruction: Deliberated Ignorance as a Criminal Mens Rea" in Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, 1990, p. 196. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. pp. 67-68.

As ideias integrantes deste julgado foram repetidas diversas vezes ao longo do tempo⁵, e a jurisprudência norte-americana chegou a firmar o entendimento de que a equiparação entre a cegueira deliberada e o conhecimento pode se dar independente de se verificar a existência de um dever de conhecimento ou informação por parte do sujeito⁶.

Ainda, há quem tenha por *leading case* no tema o caso *United States v. Jewel*⁷, o qual versa sobre um sujeito condenado por contrabando por cruzar a fronteira entre o México e os Estados Unidos transportando maconha no porta-malas de seu veículo, mesmo tendo alegado que não sabia o que trazia consigo, tão somente suspeitava tratar-se de algo ilícito. Após recursos, o Tribunal de Apelações invocou a ideia de que “a ignorância deliberada e o conhecimento positivo tem um mesmo grau de culpabilidade”⁸.

Durante a primeira metade do século XX, a *willful blindness* foi aplicada por tribunais norte-americanos especialmente nos casos de falência⁹, expandindo sua incidência apenas por volta de 1970, notadamente para os casos de narcotráfico¹⁰.

Atualmente a teoria da cegueira deliberada tem sido utilizada nos Estados Unidos, ainda, em esferas criminais variadas, dentre elas a que concerne ao meio ambiente - âmbito em que a *willful blindness* tem sido de grande utilidade no que tange à prova do conhecimento¹¹.

Marco bastante relevante é também o *Model Penal Code*, proposto em 1962 pelo *American Law Institute* como modelo de legislação penal. Não se trata, ressalte-se, de lei penal diretamente aplicável, mas no âmbito da *Common Law* se atribui a ele autêntico vigor normativo, já que vários de seus preceitos são invocados como pauta interpretativa do Direito vigente por tribunais, inclusive a Suprema Corte.

⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 68.

⁶ Conforme aponta Jonathan Marcus. MARCUS, Jonathan L. “*Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*”, The Yale Law Journal, New Haven, 1993. p. 2234. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 68.

⁷ Conforme aponta Husak e Callender. HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. “*Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*”, Winconsin Law Review, Madison, 1994, p. 34. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 77.

⁸ Ragués i Vallès, ao mencionar tal afirmação, não explicita o significado do termo culpabilidade utilizado. A princípio, a impressão que se tem é que o Tribunal de Apelações fez referência à culpabilidade no sentido de reprovabilidade da conduta.

⁹ Conforme aponta ROBBINS, Ira P. “*The Ostrich Instruction: Deliberated Ignorance as a Criminal Mens Rea*” in Journal of Criminal Law and Criminology, Chicago, 1990, pp. 198-199. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 69.

¹⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit. p. 69.

¹¹ O *leading case* no assunto, segundo Ragués i Vallès, é o caso *United States v. Mac Donald & Watson Waste Oil Co.*

Nos artigos em que o *Model Penal Code* dedica à imputação subjetiva não é possível encontrar menção expressa à *willful blindness*, o que por si só já cria intensa polêmica doutrinária. Boa parte da doutrina¹², contudo, defende que a referida teoria se encontra abarcada pela seção intitulada "o conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento"¹³, já que esta estabelece que quando o conhecimento de um fato é exigido pelo tipo, este só deixa de concorrer caso o sujeito realmente acredite que tal fato não concorre, ou seja, considera-se que há o conhecimento caso o sujeito tenha consciência da alta probabilidade da concorrência do fato.

Ragués i Vallès aponta que

se o *Model Penal Code* é a resposta legal proposta aos casos de ignorância deliberada, se está deixando de fora do alcance desta figura todos aqueles casos em que o sujeito decide não continuar investigando ante a suspeita mais ou menos fundada de que sua conduta pode caracterizar elementos objetivos de uma infração penal¹⁴.

Assim, apenas quando a suspeita puder ser tida como "representação de alta probabilidade" é que se poderá aplicar a referida seção do *Model Penal Code*, limitando-se, portanto, de forma rigorosa o raio de ação da *willful blindness*.

A aplicação da *willful blindness* nos tribunais norte-americanos, portanto, ocorre, mas não goza de uniformidade e tampouco é unânime. Neste sentido, destaca-se o posicionamento do magistrado Anthony M. Kennedy esposado em seu voto no citado caso *United States v. Jewell*, que entende que a lei exige o conhecimento e, assim, a ignorância - seja ela razoável ou não - não está apta a ensejar um decreto condenatório¹⁵.

Husak e Callender atentam para o fato de que o princípio da legalidade impediria a importação da equiparação entre cegueira deliberada e conhecimento pelo Direito vigente nos Estados Unidos hoje, de modo que apenas uma reforma

¹² Entre outros, Husak e Callender. HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", *Winconsin Law Review*, Madison, 1994, p. 36. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 72.

¹³ Na seção 2.02 do *Model Penal Code*, de título "requisitos gerais da culpabilidade", consta o parágrafo sétimo, intitulado pelo preceito "o conhecimento da alta probabilidade satisfaz a exigência de conhecimento". A redação desta seção estabelece que "quando o conhecimento da existência de um fato particular for elemento de uma infração, concorre tal conhecimento se o sujeito é consciente da alta probabilidade da existência do fato, a menos que realmente creia que dito elemento não concorre", conforme aponta Ragués i Vallès. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit. p. 72.

¹⁴ Ibidem. pp. 73-74.

¹⁵ Ibidem. p. 78.

legal permitiria que se dispensasse tratamento semelhante a ambos os casos¹⁶. Os autores atribuem, aliás, esta ofensa ao princípio da culpabilidade à dita *war on drugs* que se estabeleceu no país, ou seja, especialmente em razão de necessidades político-criminais¹⁷.

Pode-se concluir, assim, que no Direito norte-americano se verifica uma verdadeira diversidade de opiniões quando se fala em *willful blindness*, confusão esta que se vê agravada pelo peculiar sistema de fontes próprio da *Common Law*. Adicione-se, ainda, a obscuridade dos precedentes concernentes ao tema que vão surgindo com o passar dos anos, até o ponto em que os doutrinadores não encontram outra solução para a complexa situação criada senão apelar ao legislador.

2.1.2 O desenvolvimento da ideia de cegueira deliberada no âmbito do *Civil Law*

No que tange à *Civil Law*, temos em 2000 um primeiro julgado do Tribunal Supremo espanhol¹⁸ citando a teoria da cegueira deliberada, pontuando, mais especificamente, que se trata da:

situação em que o sujeito não quer saber aquilo que pode e deve conhecer, ou seja, um estado de ausência de representação em relação a um determinado elemento do tipo em que devem concorrer duas características, a capacidade do sujeito em abandonar tal situação caso queira e o dever de procurar tais conhecimentos. Há, ainda, um terceiro requisito: o fato de que o sujeito se beneficia da situação de ignorância por ele mesmo buscada (sem que a Sala Segunda especifique se tal vantagem deve ser econômica ou de outra ordem).¹⁹

¹⁶ HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. “*Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*”, *Winconsin Law Review*, Madison, 1994, pp. 56-57. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 91

¹⁷ Conforme aponta Ragués i Vallès. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 91.

¹⁸ Ragués i Vallès indica que há quem entenda que a teoria da cegueira deliberada apareceu nos julgados STS de 23 de maio de 1997 (Relator Conde-Pumpido Tourón), 15 de abril de 1998 (Relator Moner Muñoz) e 28 de dezembro de 1999 (Relator Puerta Luis), mas o autor defende que nestas oportunidades se tratou apenas da aferição do dolo do acusado por meio de indícios, contudo a teoria da cegueira deliberada não foi expressamente mencionada na fundamentação. Assim, seria a sentença de 10 de janeiro de 2000, de relatoria de Giménez García, a primeira a tratar da cegueira deliberada. Nesta, revisava-se condenação por receptação de sujeito acusado de transportar importantes quantidades de dinheiro em espécie provenientes de tráfico de drogas, origem esta que o réu afirmava desconhecer. Ibidem. p. 23.

¹⁹ Ibidem. p. 25.

A esta resolução seguiram-se várias outras²⁰ tratando da ignorância deliberada, sem, contudo, uniformidade alguma. A cada pronunciamento alteravam-se os elementos e requisitos exigidos para aplicação da doutrina da cegueira deliberada (por vezes chamada de teoria ou princípio na jurisprudência espanhola), de modo que já apareceu como indício do elemento volitivo do dolo, posteriormente do cognitivo e até como substitutivo deste. Ragués i Vallès afirma, ainda, que a cegueira deliberada já levou a condenações tanto dolosas quanto imprudentes, sem esquecer que há também resolução em que a ignorância deliberada é qualificada como “doutrina conceitualmente errônea e desnecessária”²¹. A certa altura, contudo, passou-se a fazer referência ao “princípio da ignorância deliberada”, como se este fosse matéria pacificada no sistema jurídico espanhol e, portanto, dispensasse maiores explicações.

Com efeito, a ignorância deliberada chegou a ser tratada por vezes como uma nova forma de imputação subjetiva, diversa do dolo e da imprudência, e seu raio de ação foi ampliado, não mais se limitando a casos de tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, como de início.

Entretanto, isto não significa que a definição de cegueira deliberada esteja pacificada na doutrina e jurisprudência dos diversos países que a utilizam, de modo que a aferição de critérios e elementos que façam parte deste conceito se revela uma tarefa complexa e de extrema necessidade.

2.2 CONCEITO E DELIMITAÇÃO

Superada esta breve introdução, passar-se-á a analisar as diversas propostas de definição da teoria da cegueira deliberada formuladas pela doutrina estrangeira.

2.2.1 Propostas de definição no Direito norte-americano

As propostas de conceito para a ignorância deliberada são diversas, especialmente no Direito norte-americano. De início, vale analisar o estudo feito por

²⁰ Por exemplo: STS de 16 de outubro de 2000, Relator Giménez García; STS de 22 de maio de 2002, Relator Gimenez Garcia; STS de 30 de novembro de 2006, Relator Gimenez Garcia; STS de 12 de fevereiro de 2007, Relator Sánchez Melgar.

²¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 58.

Husak e Callender em 1994²², no qual apontam que a cegueira deliberada se caracteriza por três fatores.

Em primeiro lugar, o sujeito deve ter uma suspeita justificada acerca da concorrência de elementos típicos em sua conduta. Os autores, assim, restringem a teoria àqueles que tem boas razões objetivas para suspeitar, afastando os casos em que a suspeita é infundada, ou seja, "pessoas que sofrem paranóias ou outros delírios".²³

Em segundo lugar, a informação de que o sujeito prescinde deve estar disponível, podendo ele acessá-la por meios "viáveis, rápidos e ordinários".

Por último, Husak e Callender trazem um requisito motivacional, exigindo que o sujeito tenha um motivo para se manter alienado: o desejo consciente de se reservar uma causa de exoneração de culpa ou responsabilidade caso seja descoberto. Restam afastados, assim, os casos em que o desconhecimento é fruto de mera estupidez ou falta de curiosidade.

Note-se, contudo, que aqui surge um grave problema de delimitação: como demonstrar que a ignorância é fruto de um desejo consciente de não saber, e não de estupidez? Surge, portanto, a necessidade de se estabelecer critérios que permitam efetuar esta distinção.

O espanhol Ramon Ragués i Vallès²⁴ faz uma análise mais profunda desta perspectiva, e já de início propõe que o primeiro requisito seja alterado para "falta de representação suficiente". Questiona, ainda, a exigência de que as informações ignoradas possam ser obtidas por meios viáveis, rápidos e ordinários e, por fim, utiliza-se da doutrina do norte-americano David Luban²⁵ para examinar o terceiro fator que Husak e Callender elencaram.

Luban²⁶ entende a motivação do sujeito como o requisito por excelência da ignorância deliberada, e diferencia, assim, diversas modalidades. Com uma representação gráfica, sustenta que o ignorante deliberado pode, por vezes, ser

²² HUSAK, Douglas N.; CALLENDER, Craig A. "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", *Winconsin Law Review*, Madison, 1994, p. 34. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 134.

²³ Ibidem. p. 135.

²⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., pp. 136-154.

²⁵ Luban, no artigo "Contrived Ignorance", publicado no *The German Law Journal* em 1999, diferencia modalidades de ignorância deliberada, trazendo ideias que Ragués i Vallès reputa interessantes. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., pp. 145-146.

²⁶ Entendimento este corroborado por Husak e Callender, conforme aponta Ragués i Vallès. Ibidem. p. 155.

visto como um avestruz, e em outras como uma raposa.

O autor explica que avestruz seria um "débil moral que nega a si mesmo o fato de que enfrenta um dilema de natureza também moral, no qual sua atitude parece menos grave que a atuação com conhecimentos certos sobre os dados relevantes de sua própria conduta". A raposa, por sua vez, consiste no sujeito que "optou decididamente por levar a cabo uma conduta ilícita e que tenha buscado a própria ignorância somente com o intuito de se proteger frente a possíveis declarações de culpabilidade". Luban acredita, aliás, que nestes casos a ignorância seria ainda mais grave do que o conhecimento certo, pois adiciona à consciência um elemento de cálculo que a faz mais culpável²⁷.

O problema, afirma o norte-americano, é que nunca se sabe com certeza se se está diante de um avestruz ou de uma raposa, pois para tanto seria necessário aferir o comportamento do sujeito caso consciente do que realmente ocorria. O autor acrescenta, contudo, que isto é algo que nem o próprio sujeito sabe com certeza²⁸, daí sua conclusão de que a cegueira deliberada consiste em verdadeira estratégia moral que evita que tenhamos que comprovar o sentido de nossa decisão²⁹.

Na lição de Luban vale, ainda, destacar a diferenciação que ele faz no que tange a momentos na estrutura da ignorância deliberada. Num primeiro momento chamado ação de ocultação (*screening action*), temos aquele conjunto de ações ou omissões por meio dos quais o sujeito se protege frente a conhecimentos indesejados. Trata-se de dados objetivos, indicadores externos capazes de demonstrar tanto o dolo quanto a condição deliberada da cegueira. Já num segundo momento, chamado de conduta involuntária (*unwitting misdeed*), ocorre a conduta ilícita a respeito da qual o sujeito poderia ser considerado inocente caso tivesse atuado em uma situação de ignorância legítima³⁰.

Ao visualizar esta diversidade de situações e parâmetros, David Luban

²⁷ LUBAN, David. "Contrieved Ignorance", The German Law Journal, Toronto, 1999. p. 968. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. p. 146.

²⁸ Deve ressaltar que, ainda que o próprio sujeito tivesse certeza de como agiria caso conhecesse todos os dados relevantes, tal informação seria de acesso difícilíssimo pelo intérprete, se não impossível, pois pertencente a uma dimensão psíquica do sujeito, interna. A dificuldade de acesso a dados internos, mencionada por Hassemer em HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 126., será abordada no segundo capítulo deste trabalho quando se tratar da superação do dolo ontológico.

²⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., pp. 146-147.

³⁰ LUBAN, David. "Contrieved Ignorance", The German Law Journal, Toronto, 1999. pp. 969-975. apud RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007. pp. 147-150.

entende como tosca a idéia de que "todos os casos de ignorância deliberada devem se equiparar ao conhecimento, pois quem provoca a própria causa de exoneração não pode se beneficiar dela"³¹.

Ragués i Vallès aponta que tanto na tese de Husak e Callender quanto na de Luban pode-se notar uma certa confusão entre o caráter deliberado que necessariamente se deve poder atribuir ao estado de desconhecimento e os motivos últimos que levam o sujeito a provocá-lo³². O autor espanhol explica que a situação de desconhecimento que se verifica na ignorância deliberada deve decorrer necessariamente de uma decisão voluntária – quando menos, consciente – do sujeito, pois só assim se pode sustentar que ele provocou seu desconhecimento. Nos casos em que faltar esta vontade, portanto, será possível falar em ignorância, contudo não será deliberada, mas decorrente de circunstâncias distintas da intenção, como, por exemplo, a falta de atenção do indivíduo. Deve concorrer, conseqüentemente, uma decisão de não conhecer por parte do agente, que pode se concretizar tanto no desenvolvimento de uma estratégia que evite a chegada do conhecimento como no simples ato de “deixar passar” a oportunidade de conhecer. Essa decisão de não conhecer, portanto, não deve ser confundida com os motivos que levam o sujeito a tomá-la. Ragués i Vallès aponta, aliás, que na doutrina norte-americana o acento acaba sendo colocado não na circunstância de que o sujeito não quis saber, mas na motivação que o levou a buscar o desconhecimento³³.

Nota-se, portanto, que mesmo no Direito norte-americano, em que a *willful blindness* surgiu no final do século XIX, não se tem um conceito preciso de cegueira deliberada, e sequer os elementos que integrariam tal definição são unânimes na doutrina ou isentos de crítica.

2.2.2 Proposta de definição por Ragués i Vallès

A partir da análise das contribuições e críticas aos apontamentos e propostas de Husak, Callender e Luban, Ramon Ragués i Vallès passa a propor um conceito jurídico-penal de ignorância deliberada.

³¹ Tal ideia é chamada de "resposta clássica aos casos de ignorância deliberada" por Ragués i Vallès. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 149.

³² Ibidem. pp.150-152.

³³ Ibidem. pp. 152-153.

O primeiro elemento que o autor indica é a ausência de representação suficiente, já sugerido por ele ao analisar a tese de Husak e Callender. Este requisito traduz-se na necessidade de que o sujeito não conte com aqueles conhecimentos que permitem afirmar que atuou com o grau de representação exigido pelo dolo do tipo legal em questão no instante em que realiza a ação ou omissão objetivamente típica. Desta forma, se estaria abrangendo tanto os casos em que o sujeito não tem a menor suspeita acerca da concorrência dos elementos típicos quanto aqueles em que o sujeito tem uma suspeita, contudo esta é tão leve e imprecisa que não permite que se afirme que o sujeito atuou com dolo.

O segundo elemento elencado por Ragués i Vallès é a capacidade de obter a informação ignorada, pois, segundo ele, "só se pode dizer que decidiu ignorar deliberadamente o sujeito que está em condições de conhecer". O espanhol adverte, ainda, que a capacidade de conhecer deve se estender por toda a fase de realização da ação ou omissão típica.

Tal elemento poderia, a princípio, ser comparado à ideia de potencial conhecimento da ilicitude na passagem do neokantismo para o finalismo, ou seja, de uma consciência real para uma consciência potencial. Tal equiparação se justifica pois há uma verificação da condição do sujeito, se estaria ele apto a conhecer elementos do tipo, por meio da análise de dados referente àquele agente (condição pessoal, escolaridade, dados circunstanciais, etc.) que permitam afirmar que tinha condições de obter o conhecimento a respeito da realização do tipo – assim como ocorre para aferir a consciência de ilicitude.

O terceiro elemento consiste no dever de obter a informação ignorada – exigência esta, como atenta Ragués i Vallès, "própria de qualquer modelo de imputação subjetiva em que vigora o princípio da culpabilidade". Só se pode ter responsabilidade pela falta de conhecimento, assim, caso haja um dever de conhecer aquilo que se ignorou. Contudo, o autor esclarece que não se trata de um dever específico, bastando a simples "inobservância do dever geral de atentar aos riscos associados à realização de comportamentos potencialmente lesivos a interesses alheios"³⁴.

³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 157. Tal ideia parece assemelhar-se ao dever de cuidado defendido por Juarez Tavares, nos seguintes termos, ao tratar dos delitos culposos: "não existe um cuidado em si mesmo, senão associado a uma conduta normativamente determinada. (...) a característica da conduta cuidadosa deve ser inferida das condições concretas, existentes no momento do fato, e da necessidade objetiva, naquele instante, de estabelecer os pressupostos do

Por fim, Ragués i Vallès afirma que para se poder falar em desconhecimento provocado é imprescindível que haja uma decisão de não conhecer, ou seja, que esse estado de falta de representação seja fruto de uma decisão do sujeito. Tal opção deve ser voluntária – quando menos, consciente ³⁵ –, podendo traduzir-se tanto em ações concretas que visem a evitar uma determinada informação quanto em omissões do referido dever de conhecer³⁶.

Ramon Ragués i Vallès conclui, portanto, que se encontra no estado de ignorância deliberada "todo aquele que podendo e devendo conhecer determinadas circunstâncias penalmente relevantes de sua conduta, toma deliberada ou conscientemente a decisão de manter-se na ignorância com relação a elas"³⁷.

2.2.2.1 Ignorância deliberada em sentido estrito

As situações em que ocorre a denominada ignorância deliberada *stricto sensu* são aquelas em que, segundo Ragués i Vallès, a ignorância deliberada se apresenta em seu estado mais puro, despertando, assim, um maior interesse teórico.

São, segundo o autor espanhol, os casos em que

de forma intencionada um sujeito consegue evitar até mesmo a obtenção daqueles conhecimentos mínimos necessários para apreciar uma atuação dolosa eventual, logrando assim, em que pese a realização do tipo objetivo, esquivar-se do tratamento próprio dos delinquentes dolosos e se beneficiar das penas mais moderadas para os delitos imprudentes ou, inclusive, da impunidade nos casos em que a modalidade imprudente é atípica³⁸.

Para melhor compreensão, é válido exemplificar. O autor descreve a situação do sujeito que orienta todos os seus empregados no sentido de não receber nenhum tipo de notificação oficial em sua residência, evitando, assim, a obtenção de informações como sua convocação para ser mesário nas eleições³⁹.

Ou ainda: Albert Speer, amigo pessoal de Hitler, ocupou alto cargo no

perigo e da lesão do bem jurídico, ou seja, a medida do cuidado não pode ser feita, exclusivamente, por um procedimento empírico, mas sim sob o complexo empírico-normativo." TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 248-293.

³⁵ A decisão, orientada por consciência e vontade, equivale às características do dolo – como se verá no próximo capítulo.

³⁶ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., pp. 157-158.

³⁷ Ibidem. p. 158.

³⁸ Ibidem. p. 109.

³⁹ Ibidem. p. 110.

regime nacional socialista durante a II Guerra Mundial. Afirmou, anos depois, nunca ter tido conhecimento acerca da existência de campos de extermínio e que, mesmo tendo tido a possibilidade de indagar acerca da existência destes, preferiu não fazê-lo. Um amigo chegou, inclusive, a aconselhá-lo a nunca aceitar visitar um campo de concentração na "Alta Silesia", região em que se encontrava Auschwitz. O próprio Speer admitia que, em que pese seu desconhecimento, sentia-se pessoalmente responsável pelo que ocorreu neste campo⁴⁰.

Em todos os exemplos trazidos por Ragués i Vallès é possível perceber um denominador comum: a realização típica se dá sem que o agente, no momento da execução, tenha o conhecimento exigido pelo dolo do tipo realizado, e tal estado de desconhecimento decorre de uma decisão prévia do sujeito, mais ou menos consciente, de não querer obter os conhecimentos.

São estes os casos da chamada ignorância deliberada em sentido estrito, os quais, na prática, mostram-se menos frequentes em razão de sua complexa estrutura.

2.2.2.2 Grupos de casos classificados segundo os motivos

Conforme exposto, em seu estudo Husak e Callender, ao tratar das motivações do ignorante deliberado (terceiro requisito em sua tese), limitaram-se aos casos em que o sujeito deseja conscientemente se reservar uma causa de exoneração de culpa ou responsabilidade.

David Luban utiliza os motivos do sujeito como critério para diferenciação entre os chamados avestruz e raposa de que trata em sua obra. O norte-americano trabalha, assim, com duas espécies de motivação: a fuga do enfrentamento de sua atitude sob um ponto de vista moral (avestruz) e a intenção de reservar para si uma causa de exclusão de responsabilidade (raposa).

Já Ragués i Vallès enxerga um leque de razões que podem levar o sujeito a optar pelo desconhecimento. Em sua obra, enumera quatro delas, mas sem pretensão de esgotar as possibilidades⁴¹.

A decisão do sujeito por ignorar certas informações pode ocorrer por preguiça ou para evitar complicações, como seria o caso do motorista que percebe

⁴⁰ Ibidem. pp. 113-114.

⁴¹ Ibidem. pp. 153-155.

anormalidades no veículo que conduz e, ao invés de ir diretamente à oficina mecânica averiguar, opta por ignorar os sinais que percebeu, pois deseja ir para sua casa descansar o quanto antes.

A preferência pela ignorância pode se dar, também, por razões de eficácia, como por exemplo, quando um juiz assina sem ler as sentenças elaboradas por sua equipe de gabinete, na qual tem elevada confiança, pois assim consegue sentenciar dez vezes mais processos do que se lesse cada sentença que assina.

Ainda, pode-se escolher o estado de desconhecimento por não se confiar na obtenção da informação de que se precisa, como ocorre com o sujeito que aceita ser administrador de uma empresa em troca de elevada quantia sem investigar muito acerca da atividade que a sociedade desenvolve pois sabe que aquele que lhe fez a proposta não está disposto a lhe dar todas as informações.

Por fim, Ragués i Vallès cita a motivação mais tratada pelos autores em geral: a intenção de se exonerar da responsabilidade pela prática de um ilícito.

2.2.3 Considerações preliminares

Conforme visto, não há unanimidade na doutrina sequer em relação ao conceito de cegueira deliberada. Para efeitos deste trabalho, não se adotará nenhuma das propostas supracitadas, pelos seguintes motivos.

A ideia de Husak e Callender, primeiramente, não se mostra suficientemente satisfatória à medida que se verifica uma limitação da cegueira deliberada aos casos em que a motivação do agente para manter-se ignorante reside exclusivamente no desejo de se reservar uma futura causa de exoneração de responsabilidade. Demonstrou-se, no ponto anterior, que as razões do sujeito para optar pela ignorância em relação a dados penalmente relevantes podem ser de diversas ordens, de modo que a definição alvitada pelos autores norte americanos não será adotada por ser excessivamente restritiva.

Também não se reputa útil o conceito de cegueira deliberada proposto por David Luban, já que a diferenciação entre “avestruzes” e “raposas” que o autor propõe se dá a partir da aferição do comportamento do agente caso contasse com o conhecimento que lhe falta, dado este indisponível até mesmo para o próprio sujeito, conforme já mencionado.

Finalmente, tratou-se da proposta de definição de Ragués i Vallès, em que a cegueira deliberada possui quatro elementos. O primeiro deles, conforme visto, consiste na necessidade de que o agente não disponha dos conhecimentos necessários à atuação dolosa. O espanhol, contudo, menciona que a teoria da cegueira deliberada não teria utilidade no Direito espanhol pelo fato de que tais situações poderiam ser resolvidas pela via do dolo eventual – em afirmação completamente contraditória, portanto.

A segunda posição defendida por Ragués i Vallès, qual seja, a tese de que as situações de cegueira deliberada podem, a princípio, ser abarcadas pelo dolo eventual, mostra-se mais acertada, como se verá no terceiro capítulo deste trabalho. Tal conclusão, contudo, impede que se adote a definição de ignorância deliberada proposta pelo penalista espanhol, sob pena de se incorrer na mesma incongruência detectada em sua obra.

Sendo assim, para efeito do presente estudo, entender-se-á por cegueira deliberada o grupo de casos em que o sujeito atua ignorando dados penalmente relevantes, ignorância esta fruto de uma opção consciente feita pelo agente. Há, portanto, uma decisão por parte do sujeito de ignorar informações que poderia obter, sendo que o sujeito persiste atuando a despeito do risco de um resultado ilícito vir a se realizar.

3 A EVOLUÇÃO SOBRE AS PERSPECTIVAS SOBRE O DOLO E O CENÁRIO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo se passará à análise do dolo especificamente no cenário jurídico brasileiro. Isto pois, uma vez definidos seus contornos em nosso sistema legal, e a forma como as disposições legais são interpretadas pela doutrina, pode-se definir se há ou não a possibilidade de se importar a teoria da cegueira deliberada para o Direito brasileiro de forma compatível e, em caso positivo, em que termos.

3.1. BREVÍSSIMO RESTROSPECTO HISTÓRICO

Indica Teodoro Mommsen⁴² que o dolo, enquanto pressuposto do delito, apareceu pela primeira vez no Direito Romano – ainda que não integrasse a legislação da época –, sendo concebido como “má intenção” ou “malícia” na realização do fato ilícito, compreendendo uma violação tanto da lei do Estado quanto da lei moral. Tratava-se do dito *dolus malus*: para que houvesse a aplicação de pena, fazia-se necessária a “intenção imoral dirigida a um fim antijurídico”⁴³. Neste ordenamento, a lei penal nada mais era do que a concretização jurídica da lei moral, de modo que a infração de alguma norma representava também a violação de uma obrigação ética. Daí se extrai a exigência de um vínculo de ânimo entre o fato e o autor, qual seja, o dolo, já que só assim se pode captar em sua consciência a imoralidade em que consistia, fundamentalmente, o delito. Com o decorrer do tempo, não obstante, surgiram problemas de ordem prática, especialmente dificuldades probatórias, o que culminou em um processo de progressiva ampliação do conceito de dolo na fase seguinte, extensão esta que teria alcançado sua maior amplitude no período medieval⁴⁴.

No século XVI surgiu a teoria do *dolus indirectus*, cuja formulação mais aprimorada, conforme Patricia Laurenzo Copello⁴⁵, atribui-se a Diego de Covarrubias. O autor espanhol, partindo do pensamento tomista, defendia que se considerassem queridos, ainda que indiretamente, todos aqueles resultados que, sem constituir o fim do autor, derivam-se normalmente de sua ação. Restam, assim, à margem da vontade os efeitos que não eram previsíveis, ou seja, aqueles que sobrevieram por mero acidente. Tal teoria teria mantido sua vigência ao menos até o

⁴² MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Temis, 1976. p. 61.

⁴³ LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p.27

⁴⁴ Ibidem. pp. 29-30.

⁴⁵ Ibidem. p. 31.

final do século XVIII, contudo, assim como a anterior, possuía suas debilidades e acabou por receber diversas críticas⁴⁶.

Sob influência do racionalismo e ideias humanistas, no século XVIII as fundamentações do dolo baseadas nos fins e função do Direito Penal foram, paulatinamente, tomando o espaço antes ocupado por aquelas de cunho puramente moral. Lorenzo Copello aponta que à medida que o desenvolvimento sistemático do conceito de delito evoluía, os autores passaram a concentrar-se cada vez mais na elaboração de critérios dirigidos a superar o problema da conexão da vontade com os resultados antijurídicos não intencionais. Já no início do século XIX, neste contexto, insere-se o conhecido embate entre as teorias da representação e da vontade.

Quanto às teorias da vontade, tem-se o pensamento de Francesco Carrara figurando como um dos pioneiros na tentativa de resolver a questão indicada. Partindo da premissa de que o direito de castigar surge da própria liberdade do homem, o fundamento da pena passa a residir no mau exercício da liberdade, tornando a vontade verdadeiro requisito para a imputação do fato ao autor. Assim, Carrara definiu dolo como “a intenção mais ou menos perfeita de executar um ato que se sabe ser contrário à lei”⁴⁷. O autor também tratou da denominada “vontade indireta”, que consistia na “previsão de resultado sem intenção direta de alcançá-lo”⁴⁸. Segundo Carrara, quando alguém prevê uma consequência como possível e, não obstante, quer executar a ação, tal resultado pode ser imputado à vontade do agente, tendo em vista que ele preferiu correr o risco de sua produção a abster-se de alcançar os fins pretendidos com a conduta. Ser consciente do risco, portanto, faz com que o agente integre o possível efeito à determinação de sua vontade. Note-se, ainda, que o conhecimento é que estabelecia o nexo entre o fato e o conteúdo da vontade.

Se nas teorias da vontade a ideia central residia no livre arbítrio, nas teorias da representação o critério é o determinismo: o delito deve ser interpretado como qualquer outro fenômeno do mundo exterior, ou seja, como resultado de diversos fatores causais, e não mais como a obra de um ser humano livre. Neste contexto,

⁴⁶ Cf. LAURENZO COPELLO, Patrícia. op. cit. pp. 27-37.

⁴⁷ CARRARA, Francesco. *Programma de derecho penal*. Vol.I. Bogotá: Temis, 1983. p. 73. apud LAURENZO COPELLO, Patrícia. op. cit., p. 43.

⁴⁸ LAURENZO COPELLO, Patrícia. op. cit. p. 44.

entendia-se a representação do resultado como estímulo externo que colocava em funcionamento a vontade, a qual, sob a base desse motivo impulsor, tornava-se a causa do ato. A vontade, assim, consistia na conexão psíquica entre o autor e o fato, o que permitia extrair o delito do mundo da causalidade mecânica. A essência do dolo, portanto, foi colocado na previsão do resultado⁴⁹.

Sucedendo a concepção clássica de crime, em que se inserem as teorias da vontade e da representação mencionadas, tem-se uma fase neokantiana⁵⁰, em que se verifica “um rompimento com a pretensão de reduzir a análise do crime à constatação de um fenômeno natural, físico, centrado na relação de causa e efeito”⁵¹. Conforme destaca Fábio Guaragni, isto implica na reinserção da noção de que o Direito situa-se como ciência do dever ser – de modo que o método mais adequado não seria o de observar e descrever, que é próprio das ciências naturais, mas sim o de compreender e valorar as condutas ilícitas⁵².

No que tange ao dolo, o neokantismo promove a retomada do *dolus malus*, ou seja, é “elemento psicológico-normativo, composto por cognição da conduta, vontade de realizá-la e cognição da ilicitude da conduta”⁵³, integrante, pois, da culpabilidade.

No século XX, emergem duas grandes correntes da teoria do delito, quais sejam, o sistema neoclássico – representado especialmente por Mezger – e a teoria finalista – que tem em Welzel um de seus principais pensadores –, as quais vem alterar novamente o desenho do dolo.

Mezger construiu sua teoria do delito com base essencialmente na distinção entre a lesão à norma de valoração, que implicava na contrariedade objetiva do fato com o ordenamento jurídico – a antijuridicidade –, e o descumprimento do dever pessoal de atenção ao Direito, o qual fundamenta o juízo de reprovação dirigido ao autor – a culpabilidade. Temos, na corrente neoclássica, uma opção pelo conceito causal de ação, em que a vontade aparece exclusivamente como impulso do agir externo. Note-se que o conteúdo da vontade e os elementos internos que permitiam imputar o fato ao autor fazendo-o pessoalmente responsável pelo resultado se

⁴⁹ Ibidem. pp. 46-50.

⁵⁰ Segundo Fábio Guaragni, o neokantismo seria um “segundo momento do causalismo”, já que boa parte deste pensamento tenha sido mantida pela corrente neokantista. GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

⁵¹ GUARAGNI, Fábio André. op. cit. p. 93.

⁵² Ibidem. p. 94.

⁵³ Ibidem. p. 91.

situavam na culpabilidade, definida por Mezger como “conjunto dos pressupostos da pena que fundamentam, face ao sujeito, a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica”⁵⁴ – terreno este em que se inserem o dolo e a culpa. Tais considerações, transportadas ao campo do dolo, indicam que o elemento psicológico decisivo deve ser o ato de vontade, tendo em vista que o conhecimento não poderia fundamentar a culpabilidade já que não comporta uma posição pessoal do sujeito frente ao resultado. Na concepção neoclássica, assim, o fundamento do dolo se encontrava na vontade de resultado, ainda que a exigência do conhecimento não reste excluída: este constituía no ponto de referência do ato de vontade, ou seja, em pressuposto necessário para que o efeito da ação pudesse ser tido como “querido”.

Note-se que no que tange aos elementos do dolo, Mezger passa ao plano ontológico, distanciando-se, portanto, das valorações que vinha fazendo, por exemplo, ao tratar dos fundamentos e funções da pena. Tal opção do autor fica bastante evidente quando afirma⁵⁵:

Devemos esforçarmo-nos em expor o dolo e a culpa precisamente como a 'forma' em que aparece a ação do sujeito como expressão juridicamente reprovada de sua personalidade, e destacar nessa exposição suas características psicológicas, liberando-a até onde seja possível das 'escórias do juízo valorativo', sem que com isto corramos o risco de perder os fundamentos básicos normativos do conceito total de culpabilidade.

Enquanto Mezger entendia que o fim do Direito se limitava à garantia de uma ordem externa de convivência, o que indica que suas normas teriam a função de traçar o limite entre o que era conforme ou contrário à ordem jurídica, Welzel concebia a teoria do delito como um sistema condicionado e estruturado sobre dados ontológicos, as chamadas “estruturas lógico-objetivas”, de modo que o Direito passa a ser um instrumento destinado a influenciar a vontade dos cidadãos orientando seu comportamento, ou seja, atuando como uma força conformadora da vida social. Na vertente finalista, portanto, a função de proteção dos bens jurídicos atribuída ao Direito penal se realiza mediante a imposição de deveres aos cidadãos, o que concretamente significa a proibição de realizar ações que se dirijam à sua lesão, ou até mesmo pela ordem de realizar condutas que busquem evitar sua lesão.

⁵⁴ MEZGER, Edmundo. *Tratado de derecho penal*. T. II. Madrid: Edersa, 1949. p.1 apud LAURENZO COPELLO, Patrícia. op. cit., p. 60.

⁵⁵ Ibidem. p. 66.

Neste contexto, as normas penais tem por objeto uma “atividade dirigida conscientemente em função do fim”⁵⁶, de modo que todos os elementos que fazem parte dela serão necessários para se considerar infringida a proibição, ou seja, para qualificar o fato como antijurídico. Assim, tendo em vista que a ação finalista se pauta pela vontade em sua função configuradora do acontecer causal, temos que o laço psicológico que une o sujeito ao efeito da ação passa, necessariamente, a fazer parte da antijuridicidade. Dolo e culpa, portanto, deixam a culpabilidade, passando a integrar o campo da ilicitude, mais diretamente, da tipicidade.

Em termos de ação finalista, o que difere o meramente causado do configurado pela vontade é a previsão de sucesso, a medida que “a finalidade baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução de um fim”⁵⁷.

Assim, considerando que a direção final da ação é complexa – formada por um fim, meios e a iniciação de um evento –, todos os efeitos que o sujeito tenha considerado como parte desse conjunto deverão ser atribuídos a essa vontade de realização. Tanto o fim como as consequências concomitantes relacionadas aos meios escolhidos pelo autor, portanto, restam integrados à “vontade”, de modo a serem todos considerados “obra” do sujeito, independente de ter este desejado ou não sua realização.

Com efeito, o limite entre o delito doloso e culposos, para Welzel, seria traçado por um critério ontológico: sempre que o resultado típico estiver contido na vontade de realização, haverá dolo; caso contrário, tão somente se poderá falar em culpa.

Registre-se, por oportuno, que Welzel admitia que o dolo possuía apenas dois elementos: consciência e vontade. Segundo o autor⁵⁸, “dolo, em sentido técnico penal, é somente a vontade de ação orientada à realização do tipo de um delito”, ou

⁵⁶ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1964. p. 25. apud LAURENZO COPELLO, Patrícia. op. cit., p. 78.

⁵⁷ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 28.

⁵⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1970. p.277. apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, volume 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 267.

seja, “a vontade que tem um agente de praticar um ato, previsto como crime, consciente da relação de causalidade entre a ação e o resultado”⁵⁹.

Não obstante, é válido afirmar que tanto as teorias vinculadas ao causalismo quanto ao finalismo adotam uma perspectiva ontológica do dolo, ou seja, compreendem-no como um fenômeno real, algo que existe no mundo ontológico, mas que só poderia ser descrito. Isto pois, enquanto realidade ontológica, o dolo existe como dado psicológico, situando-se, portanto, na cabeça do autor.

Caberia, então, ao jurista a identificação do dolo, contudo para tanto “seria necessário acudir, de qualquer maneira, à mente do sujeito, para conhecer sua representação a respeito da situação concreta e conhecer, em essência, seu plano”⁶⁰, conforme aponta Paulo César Busato. Torna-se impossível, assim, a indicação dos meios que possibilitam a identificação do dolo como realidade psicológica, tanto pelo fato de ser a intenção subjetiva inacessível fisicamente quanto por não se ter uma verdade real no processo penal. Note-se que, conforme destaca Busato, “a impossibilidade deriva não só da falta de instrumentos jurídicos aptos a realizar tal tarefa, mas, por sua própria característica: os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis”⁶¹.

O breve panorama apresentado já é suficiente para demonstrar que a admissão do dolo como realidade psíquica é insustentável, já que a pretensão da concepção ontológica de extirpar a indeterminação cai por terra frente à impossibilidade de acesso a dados psicológicos – especialmente por tal inacessibilidade significar que toda afirmação sobre o dolo acabará arraigando em si certo grau de valoração.

Nos últimos vinte anos, a doutrina, especialmente a alemã, tem se dedicado a uma revisão do tema do dolo eventual. Derivam dessa reforma as novas tendências na formulação do conceito de dolo e sua fronteira com a imprudência, sendo algumas propostas cognitivas e outras volitivas. Dado comum, contudo, é o ponto de partida que estabelecem: a análise das razões pelas quais o legislador pune mais severamente a atuação dolosa em relação ao agir culposo⁶².

⁵⁹ Tal tese veio para rebater o conceito de dolo normativo ou híbrido utilizado por alguns autores da corrente neoclássica, segundo os quais o dolo seria formado também pela consciência da ilicitude do comportamento.

⁶⁰ BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 100.

⁶¹ Ibidem. p. 102.

⁶² DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. pp. 182-183.

Com efeito, dentre as “modernas teorias do dolo”, prepondera, conforme destaca Lorenzo Copello, a opção por um novo enfoque metodológico: o normativo⁶³. María del Mar Díaz Pita explicava⁶⁴:

A perspectiva normativa se apoia, fundamentalmente, em três pilares básicos: em primeiro lugar, a recepção da realidade que nos rodeia, não já como realidade empírica (e, portanto, acessível à percepção direta, através dos métodos de pesquisa normalmente utilizados pelas Ciências Naturais), mas como uma realidade valorada; em segundo lugar, e como consequência do anterior, os conceitos subjetivos (como é o dolo) consideram-se títulos de atribuição; por último, nesta concepção, o Direito processual adquire um papel relevante quanto à proposta de definição desses elementos assim considerados: com efeito, o objetivo do processo penal não será já o descobrimento da verdade empírica, mas da verdade forense, ou seja, aquela parcela da realidade à qual o juiz tem acesso através das provas legalmente estabelecidas, que deverão ser, por sua vez, respeitadas com os direitos fundamentais de todos aqueles que participam do processo.

Díaz Pita asseverava, ainda, que a perspectiva normativa se justifica por homenagear os princípios próprios de um Estado Democrático de Direito e, também, por buscar a base do conteúdo dos conceitos jurídicos na racionalidade de nossa cultura jurídica⁶⁵.

Carlos Martínez-Buján Pérez esclarece que a noção de normativização abarca dois planos distintos: “o da normativização dos elementos do dolo e o da normativização da fase prévia da fundamentação da maior gravidade da sanção nos casos de comportamento doloso”⁶⁶.

Assim, no plano dos elementos do dolo, a perspectiva normativa seria oposta à psicológica, de modo que se caracteriza por conceber a realidade como algo valorado, e não mais empírico.

Já no plano da fundamentação da sanção da atuação dolosa, a perspectiva normativa está em oposição à concepção ontológica, cuja marca reside na utilização de dados provenientes do mundo do ser como base do sistema do delito, e tem na corrente finalista as maiores contribuições no que refere ao dolo. Adotar uma perspectiva normativa, aqui, significa basear-se

⁶³A autora aponta que estariam incluídos em tal grupo autores como Hassemer, Roxin, Jakobs, Puppe e Díaz Pita. LAURENZO COPELLO, Patrícia. op. cit., p. 209.

⁶⁴DÍAZ PITA, María del Mar. op. cit., p. 17.

⁶⁵Ibidem. pp. 17-18.

⁶⁶BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 50.

em razões de índole valorativa, sociais e jurídicas, que atendem ao sentido e ao fim do Direito Penal, de tal maneira que são, pois, os critérios teleológicos próprios deste setor do ordenamento jurídico os que deverão de servir para fundamentar a maior severidade da resposta penal frente ao delito doloso em comparação com o delito imprudente.^{67 68}

Pois bem, é neste contexto de normativização que se insere a revisão dos fundamentos do sistema de imputação penal (principalmente com relação a seus elementos subjetivos) a partir da crescente adoção⁶⁹ dos postulados da concepção significativa da ação formulada por Tomás S. Vives Antón, sobre a base da Filosofia da linguagem de Wittgenstein.

Registre-se, de início, que, segundo análise feita por Martínez-Buján Pérez⁷⁰, a ação significativa é integralmente normativa, ou seja, assume tal perspectiva tanto no que tange à fundamentação da sanção de comportamentos dolosos quanto no que refere aos elementos do dolo.

A proposta de Vives Antón, segundo Paulo César Busato, consiste na reorganização do “sistema de imputação a partir de dois pilares: a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação”⁷¹.

A primeira delas seria a pretensão de relevância, que tem por objeto afirmar que a ação realizada pelo ser humano é uma das que interessam ao Direito penal, de modo que se analisará se tal ação pode ser entendida como um tipo de ação previsto em lei. Trata-se da esfera do tipo de ação, e conforme explica Busato⁷²,

esta pretensão de relevância é verificável mediante o cumprimento de dois pontos: uma pretensão conceitual de relevância, que expressaria a idéia de tipicidade e uma pretensão de ofensividade, que representaria a idéia de antijuridicidade material.

Passa-se, então, à pretensão de ilicitude (ou antijuridicidade formal), em que se verifica se a ação relevante levada a cabo pelo agente infringe a norma, ou seja,

⁶⁷ Ibidem. p. 50.

⁶⁸ Ibidem. p. 51. O autor adverte, de antemão, que esta perspectiva normativa poderia ser denominada teleológica, tendo em vista que seu traço característico é, na verdade, a determinação da essência do dolo com base na função e fins do Direito penal.

⁶⁹ Segundo Paulo Cesar Busato, que inclui Enrique Orts Berenguer, José Luis González Cussac, Juan Carlos Carbonell Matteu e Maria Fernanda Palma, além de Carlos Martínez-Buján Pérez, María del Mar Díaz Pita e o próprio Vives.

⁷⁰ BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 53.

⁷¹ Ibidem. pp. 115-116.

⁷² Ibidem. p. 116.

deve-se “comprovar que a intenção que regia a execução de uma ação ofensiva para um bem jurídico não se ajustava às exigências do ordenamento jurídico”⁷³. É neste ponto que situam-se a imprudência e o dolo.

Por fim, tem-se a pretensão de reprovação (culpabilidade) e, ainda, a pretensão de necessidade de pena (punibilidade).

Note-se que, considerando a separação que Vives Antón faz entre o dolo e a imprudência (pretensão de ilicitude) e os elementos do tipo e a própria ação (pretensão de relevância), resta clara a confusão feita pelas concepções finalistas entre os planos conceitual e substantivos em análise. Sublinha Busato⁷⁴:

A ação – seja comissão ou omissão – tem seu aspecto conceitual ou de definição analisado no tipo de ação que é onde se lhe identificam critérios de sentido. O dolo e a imprudência, por outro lado, são instâncias de imputação da antinormatividade, vinculadas ao plano substantivo e não conceitual da atribuição de conduta ao sujeito.

Dolo e imprudência, portanto, integram o plano substantivo, que concerne a critérios de responsabilidade, enquanto o tipo de ação integra o plano conceitual ou de definição, vinculado a critérios de sentido.

Conforme esclarece Carlos Matínez-Buján Pérez, quando Vives Antón fala em “intenção” no campo da pretensão da ilicitude, refere-se à “intenção subjetiva”, qual seja,

aquela que consiste na atribuição concreta de intenções ao sujeito e que, ainda que não desempenhe necessariamente um papel de definição na delimitação conceitual da ação, aclara a função substantiva de possibilitar o juízo da conduta realizada pelo sujeito, isto é, permitir atribuir-lhe um compromisso com a ação ofensiva realizada^{75 76}.

Pois bem. Para aferir se existiu ou não esse compromisso de executar determinada figura delitiva, é preciso fixar, de antemão, dois parâmetros:

Em primeiro lugar, fixar as regras (códigos externos), sociais e jurídicas, que definam ação como uma ação típica, e, em seguida, por em relação tais regras com a bagagem de conhecimentos ou a competência do autor (ou

⁷³ Ibidem. p.36.

⁷⁴ Ibidem. p. 117.

⁷⁵ Ibidem. pp. 36-37.

⁷⁶ Paulo César Busato compartilha de tal opinião, afirmando que “a *‘intenção subjetiva corresponde à atribuição concreta de intenções ao sujeito e não define, por si mesma, a ação, mas sim a imputação. Ou seja, a identificação da intenção subjetiva cumpre a tarefa de possibilitar a atribuição ao agente de um compromisso com a ação ofensiva realizada, mas não faz parte da própria ação, no que refere à sua definição*”. BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 117.

seja, as técnicas que este dominava), de tal modo que, desde o ponto de vista externo, seja possível afirmar que é que o autor sabia⁷⁷.

Desta forma, o que o autor sabe não é o que ele representou, calculou ou previu, até porque tais processos passam-se em sua mente e, assim, restam inacessíveis. Adotando, então, uma concepção normativa, Martínez-Buján Pérez indica que⁷⁸

somente podemos analisar as manifestações externas do autor e, isso sim, através delas poderemos averiguar a bagagem de conhecimentos do autor (as técnicas que dominava⁷⁹, o que podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressas na ação.

O elemento cognitivo, portanto, é tido por Vives Antón como a bagagem intelectual, prévia e indispensável, de que o sujeito dispõe proporcionando-lhe os dados necessários para que tome uma decisão – a qual, para que se esteja diante de um comportamento doloso, deve expressar um compromisso com a vulneração do bem jurídico⁸⁰.

Verifica-se, assim, a composição do dolo por um elemento cognitivo e outro volitivo, sendo que sua essência, ou melhor dizendo, o que o diferencia da imprudência, é este último, pois aquele, ao ser um requisito inescusável, não consiste em requisito suficiente para distinguir a presença de um comportamento doloso, fazendo-se necessária uma decisão contra o bem jurídico⁸¹.

Ressalte-se que, conforme já exposto, ambos os elementos são concebidos normativamente por Vives Antón: o conhecimento enquanto domínio de uma técnica e a vontade como compromisso com o resultado lesivo.

Conforme indica Busato⁸²,

abandona-se completamente a ideia, errônea, de pretender descrever quando há dolo e se substitui pelo intento de compreensão sobre o nível de gravidade refletido na contradição entre a ação realizada e a norma, que é, sem qualquer dúvida, a tarefa de adscrição do dolo.

⁷⁷ Ibidem. p. 41.

⁷⁸ Ibidem. p. 42.

⁷⁹ O próprio autor ressalta que Vives Antón não entende o domínio da técnica conceitualmente como um “puro juízo intersubjetivo generalizador”, mas que este domínio consiste na competência do autor em si. Ibidem. p. 80.

⁸⁰ Ibidem. p. 47.

⁸¹ Ibidem. p. 47.

⁸² Ibidem. p. 120.

Não obstante, negando-se a realidade do dolo deve-se enfrentar o risco de chegar a decisões arbitrárias, já que se admitiu, inicialmente, a possibilidade de se ter certa incongruência entre a realidade psicológica interna do autor e a atribuição que lhe é feita.

Busato⁸³, neste contexto, destaca que

o que aparece na perspectiva normativa do dolo é uma ‘crise de legitimidade’, que conduz à necessidade de critérios concretos que ofereçam justificações adequadas para a atribuição do dolo e que possam levar mais além dos resultados que se possa obter mediante a perspectiva psicológica do dolo.

Face à urgência de se definir critérios seguros para a afirmação do dolo, a “teoria dos indicadores externos” de Hassemer resulta assaz interessante⁸⁴, especialmente em razão da atualidade de tal proposta.

Hassemer parte do pressuposto de que

[...] as tentativas de buscar a intenção na vontade interna do agente, em geral, padeceram de incapacidade de demonstração, enquanto as tentativas de descrição com base na periculosidade da atitude padeceram de falta de correspondência com a real intenção⁸⁵.

O autor alemão, então, defende que a aproximação do tema deve se dar por meio de dados objetivos, ou seja, de modo indireto. Segundo o autor, tais dados devem cumprir três requisitos: possuir caráter observável, exaustividade e relevância para o elemento subjetivo em questão. Os indicadores externos, assim, devem demonstrar o perigo que a situação concreta oferece ao bem jurídico, a representação do agente acerca deste perigo e, por fim, sua decisão em relação à realização deste.

Hassemer propõe, portanto, que se utilize uma gama de dados objetivos – indicadores externos – para se aferir o dolo, solucionando, assim, além da questão da inacessibilidade do dolo enquanto realidade psíquica na concepção ontológica, como também o problema da falta de legitimação do processo de atribuição do dolo na perspectiva normativa⁸⁶.

⁸³ Ibidem. p. 107.

⁸⁴ Ibidem. p. 108.

⁸⁵ Ibidem. p. 110.

⁸⁶ Note-se que, acerca da teoria dos indicadores externos de Hassemer, Puppe atenta para o fato de que o autor não ofereceu um conceito de dolo, mas somente focou na parte processual. Isto não impede, contudo, que a teoria de Hassemer seja útil na identificação do dolo, como, aliás, afirma-se na lição de Paulo César Busato. PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004. p. 60.

Busato vai além, ao analisar a teoria dos indicadores externos, assumindo que da construção de Hassemer deriva a ideia de transmissão de um significado:

Hassemer assume a ideia de que somente diante da expressão externa, compatível com a *ratio* incriminadora subjetiva dolosa é possível afirmar a existência do dolo. Vale dizer: o dolo 'é' sua própria demonstração, sua expressão significativa. [...] O dolo, definitivamente não "é" um fato, mas uma atribuição, ou seja, a exata atribuição de uma decisão contrária ao bem jurídico, na qual se expressam simultaneamente conhecimento e vontade.⁸⁷

Finalmente, uma vez estabelecido que o dolo consiste na "afirmação jurídica de um desvalor contido na decisão contrária ao bem jurídico"⁸⁸, isto é, uma atribuição derivada da aferição de um significado, e que a fonte utilizada pelo intérprete para realizar tal identificação consiste nos indicadores externos apontados por Hassemer, é válido que se atente ao processo que tem por objetivo afirmar o dolo: o processo de comunicação de um sentido.

Tanto a Filosofia da linguagem de Wittgenstein quanto as noções de processo de comunicação de Habermas ganham grande utilidade neste ponto, já que nelas pode-se vislumbrar a ideia de busca da verdade no consenso, especialmente em razão da teoria consensual de verdade de Habermas, segundo a qual "só pode atribuir-se um predicado a um objeto se qualquer pessoa que pudesse participar desse discurso fizesse o mesmo"⁸⁹.

Deste modo, é o "interacionismo o que determina a verdade possível, ou a verdade legitimada sobre determinado objeto", como sublinha Busato. O autor conclui, então, que "somente a linguagem é capaz de dotar de sentido as coisas e é a forma pela qual se estabelece o processo de comunicação que torna possível demonstrar a existência de alguém através da existência de outro"⁹⁰.

A compreensão de sentido, portanto, prescinde da participação em um atuar comunicativo, em que um sujeito fala a um ouvinte expressando o que tem em sua mente. Em consequência, o processo de comunicação adquire uma tripla dimensão: "(a) como expressão da intenção do falante; (b) como expressão para o

⁸⁷ BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 112.

⁸⁸ Ibidem. p. 121.

⁸⁹ Díez Ripollés, José Luis. *Los elementos subjetivos del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990. p. 183. apud BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 122.

⁹⁰ BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 123.

estabelecimento de uma relação interpessoal entre falante e ouvinte; (c) como expressão de algo no mundo”⁹¹.

Assim, o sentido de uma mensagem dependerá sempre da referência ao mundo subjetivo, objetivo e também social, o que Vives Antón importou à problemática do dolo indicando que a ação comunicativa de um sentido “se constitui não só em virtude de planos de ação mais complexos que (o agente) tenha efetivamente tido, mas também em virtude de interpretações que um terceiro faz e sob as quais (o agente) poderia ter realizado sua ação”, de modo que todas estas interpretações são elementos utilizados para se adjetivar “dolosa” determinada conduta.

Tal ideia é resumida por Busato da seguinte forma⁹²:

[...] uma vez que o estabelecimento de um sentido depende da validade do processo de comunicação, e isso, por seu turno, depende de basear-se em regras compartilhadas, determinadas pela inclusão de todos no discurso, fica claro que a opção pela linguagem como mecanismo de legitimação de atribuição de um sentido doloso de uma conduta figura como proposta humanista e respeitosa à ideia de alteridade.

Assim, verifica-se que a tendência moderna da doutrina é utilizar-se da concepção de ação significativa de Vives Antón para, através de uma perspectiva integralmente normativa, vislumbrar o dolo como conhecimento e vontade e diferenciá-lo da culpa por meio da aferição de um “compromisso com a vulneração do bem jurídico”, decisão esta apreensível por meio da teoria dos indicadores externos de Hassemer e legitimada por meio da opção pela linguagem como instrumento de identificação de sentido.

3.2 O PERFIL LEGISLATIVO E DOUTRINÁRIO BRASILEIRO

Uma vez delineada a evolução das perspectivas sobre o dolo no cenário externo, passa-se ao estudo deste no âmbito nacional. Serão analisadas, portanto, as diretrizes impostas pelo legislador, bem como a interpretação da doutrina a este respeito.

3.2.1 Conteúdo do dolo

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. “Ciências sociais reconstrutivas versus Ciências sociais compreensivas”, in *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. De Guido A. de Almeida, Rio de Janeiro: Tempus Brasileiro, 1989. pp. 40-41. apud BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 124.

⁹² Ibidem. p. 127.

Na doutrina brasileira, a compreensão do dolo como a vontade do autor, formada pelo conhecimento, de realizar o tipo objetivo parece ser matéria pacífica, conforme indica Juarez Cirino dos Santos⁹³:

O dolo, conforme um conceito generalizado, é a vontade consciente de realizar um crime, ou, mais tecnicamente, vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal.

Sendo consenso⁹⁴, portanto, a composição do dolo por um elemento volitivo e outro cognitivo, passa-se à análise mais detida de cada um deles sob a ótica da doutrina pátria.

O componente cognitivo é tido como a consciência, ou seja, a representação psíquica, que Cirino dos Santos define como “conhecimento atual das circunstâncias de fato do tipo objetivo, como representação ou percepção real da ação típica”⁹⁵.

O penalista aponta que este conhecimento atual das circunstâncias de fato deve abranger tanto os elementos presentes, como a vítima, a coisa, etc., quanto os futuros, como o curso causal e o resultado⁹⁶. O objeto de conhecimento, portanto,

⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal - parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007. p. 132.

⁹⁴ Compartilham de tal opinião acerca do conceito de dolo: FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 168.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 314., BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal, parte geral*: v. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 234., JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328., PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 7. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 364., GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.376., MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 28. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126., BIERRENBACH, Sheila. *Teoria do crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 98., RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos do direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 184., DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 393., ESTEFAM, André. *Direito penal, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197., TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 185., ISHIDA, Válder Kenji. *Curso de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99., SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 192., GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 183., BRANDÃO, Claudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 174., CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 223. Rogério Greco, ao tratar do conceito do dolo, identifica a presença dos elementos cognitivo e volitivo. Ao passar ao estudo do dolo eventual, contudo, o autor afirma que, nesta modalidade específica, não há vontade, tão somente consciência. Tal tese se mostra isolada na doutrina brasileira, uma vez que os demais autores consultados identificam, por meio da assunção do risco, a presença do elemento volitivo no dolo eventual, alguns o utilizando, inclusive, para delimitar a fronteira entre dolo e imprudência.

⁹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 132.

⁹⁶ Neste sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 126., BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 99., SOUZA, Artur de Brito Gueiros. op. cit., p. 192., BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 317., CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 223., PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 366., TELES, Ney Moura. op. cit., p. 183., ESTEFAM, André. op. cit., p. 197., BRANDÃO, Claudio. op. cit., p. 177.

alcança os elementos descritivos e também os normativos do tipo legal, com a diferença de que aqueles devem ser representados na forma de sua existência natural (como realidades concretas perceptíveis pelos sentidos) e estes conforme seu significado comum, segundo uma “valoração paralela ao nível do leigo”⁹⁷, de acordo com a doutrina de Mezger⁹⁸.

No que tange à intensidade de representação das circunstâncias do fato, Juarez Cirino dos Santos aponta que atualmente “admite-se que o conhecimento dos elementos objetivos do tipo pode existir como consciência implícita no contexto das representações do autor”⁹⁹, ou seja, exige-se mais do que uma consciência latente (consciência meramente potencial), porém menos do que uma consciência refletida (pensar expressamente naquilo)¹⁰⁰.

O elemento volitivo, por sua vez, diz respeito à vontade (ou “energia psíquica”, nas palavras de Cirino dos Santos), enquanto “decisão incondicionada de realizar a ação típica representada”¹⁰¹. Esta representação exigida, ressalte-se, é no sentido de previsão, uma vez que não se pode querer algo conscientemente sem que isto tenha sido previsto ou representado mentalmente, ao menos parcialmente¹⁰².

Cirino dos Santos acrescenta que a vontade, para que componha o dolo, deve apresentar duas características. Primeiramente, deve ser incondicionada, enquanto decisão de ação já definida. Deve, também, ser capaz de influenciar o acontecimento real, de modo que o resultado típico possa ser definido como obra do autor, e não como mero desejo ou esperança – já que o objeto de proibição do Direito penal é propriamente a realização de crimes¹⁰³.

Cezar Roberto Bitencourt, no mesmo sentido, aponta que a vontade de realização do tipo objetivo pressupõe a possibilidade de influir no curso causal, já

⁹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 134. Neste mesmo sentido: BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 234., PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 366., MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 128.

⁹⁸ MEZGER, *Straferecht*, 1949, p. 328. apud SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 134.

⁹⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 154.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, JESUS, Damásio de. op. cit., p. 332.

¹⁰¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 134.

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 318.

¹⁰³ Neste mesmo sentido, BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 234., PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 365., NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 7. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 234.

que só pode ser objeto da norma jurídica algo que o agente possa realizar ou omitir¹⁰⁴.

Autores como Cirino dos Santos e Monteiro de Barros¹⁰⁵ também indicam que o dolo deve existir durante a realização da ação, ou seja, “durante a realização da ação que desencadeia o processo causal típico”¹⁰⁶, de modo que não se pode ter dolo anterior ou posterior a este momento, pois tais casos seriam hipóteses de fatos imprudentes¹⁰⁷.

A doutrina aponta, ainda, que o dolo deve compreender o objetivo da conduta, o meio empregado para alcançá-lo e também as consequências derivadas do meio escolhido¹⁰⁸.

A partir das considerações feitas pelos doutrinadores brasileiros, pode-se dizer que o panorama delineado por eles parece apontar para uma anacrônica concepção de dolo ontológico¹⁰⁹. Isto pois, conforme exposto supra, tal concepção é característica do finalismo, modelo este que parece ter adoção majoritária na doutrina pátria¹¹⁰.

Tanto é assim que Cirino dos Santos destaca, em sua obra, que a diferença entre o dolo eventual e a imprudência reside, “em última instância, pela atitude afetiva do autor”¹¹¹ – sem indicar, contudo, os meios para que o intérprete acesse este dado.

A opção dos doutrinadores brasileiros por um dolo ontológico fica, ainda, evidente quando Cirino dos Santos afirma:

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 318.

¹⁰⁵ Neste mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 366., GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 376., NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 234., ISHIDA, Válder Kenji. op. cit., p. 99.

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 150.

¹⁰⁷ Exceto nos casos de *actio libera in causa*, conforme explica Luiz Flávio Gomes. GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 377. Neste mesmo sentido, ISHIDA, Válder Kenji. op. cit., p. 99.

¹⁰⁸ Neste sentido BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 235., JESUS, Damásio de. op. cit., p. 329., PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 365., GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 377., MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 126., ESTEFAM, André. op. cit., p. 197., TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 184., CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 223.

¹⁰⁹ Com exceção, obviamente, de Paulo César Busato, cuja opção pelo dolo normativo restou amplamente demonstrada no tópico anterior. Ainda, Damásio de Jesus, que afirma adotar a teoria finalista, ao tratar de dolo eventual defende a apreciação de circunstâncias do fato concreto por meio do uso de indicadores externos, em detrimento da busca na mente do autor – clamando, contraditoriamente, por uma abordagem normativa. JESUS, Damásio de. op. cit., p. 332.

¹¹⁰ Dos diversos autores consultados, a única exceção é Paulo José Costa Júnior, que afirma a superação do finalismo. COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 147-148. Há, ainda, autores que afirmam expressamente adotar, pessoalmente, o finalismo: JESUS, Damásio de. op. cit., p. 327., NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 233., e BRANDÃO, Claudio. op. cit., p. 175.

¹¹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 139.

O fundamento metodológico dessa sistematização do dolo [tríplice configuração] nos crimes comissivos parece ser o modelo final de ação, cuja estrutura destaca a base real daquelas categorias dogmáticas: a proposição do fim, como vontade consciente que dirige a ação; a escolha dos meios para realizar o fim, como fatores causais necessário determinados pelo fim; e os efeitos secundários representados como necessários ou como possíveis em face dos meios empregados ou do fim proposto – eis o substrato ontológico das categorias do dolo direto de 1º grau, dolo direto de 2º grau e dolo eventual.¹¹²

Tem-se, portanto, no Brasil, um cenário em que as ideias de normativização tratadas no tópico anterior, tão disseminadas na doutrina estrangeira, parecem não ter muita expressão até o momento.

Demonstrada, assim, a preferência dos autores brasileiros pela concepção finalista e, conseqüentemente, pelo dolo ontológico, passa-se à análise da previsão legal acerca do dolo, bem como das conclusões a que chega a doutrina a partir da diretriz estabelecida pelo legislador.

3.2.2 Modalidades do dolo

No artigo 18, inciso I, do Código Penal de 1984, restou definido: “diz-se o crime doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

Segundo Juarez Cirino dos Santos, tal previsão é inconveniente¹¹³, já que nem o dolo direto é definível pela expressão “querer o resultado”, tampouco o dolo eventual pela expressão “assumir o risco de produzi-lo” – ao menos não de forma satisfatória.

Isto pois, na doutrina penal moderna, distinguem-se três diferentes formas de dolo, ou melhor dizendo, três modalidades.

A primeira consiste no dolo direto de primeiro grau, cujo “conteúdo é o fim proposto pelo autor”¹¹⁴. Tem-se, portanto, “a vontade do agente dirigida à realização do fato típico”¹¹⁵.

¹¹² Ibidem. pp. 136-137.

¹¹³ Autores como Damásio de Jesus, Flávio Augusto Monteiro de Barros e Sheila Bierrenbach criticam a definição legal de dolo também por, ao tratar exclusivamente de “resultado”, acabar excluindo os crimes em que não há resultado naturalístico. JESUS, Damásio de. op. cit., p. 333., BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 231., BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 101.

¹¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 137.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 319.

O dolo direto de segundo grau, por sua vez, “compreende os meios de ação escolhidos para realizar o fim e, de modo especial, os efeitos secundários representados como certos ou necessários”¹¹⁶. Trata-se do exemplo do agente que coloca uma bomba em um avião visando à morte de um passageiro específico, contudo sabe que a explosão que provocou levará à morte dos demais ocupantes da aeronave. Há, neste caso, dolo direto de primeiro grau em relação ao passageiro específico, e dolo direto de segundo grau em relação às demais vítimas¹¹⁷.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt¹¹⁸:

[...] os efeitos colaterais representados como necessários (em face da natureza do fim proposto, ou dos meios empregados) são abrangidos, mediatemente, pela vontade consciente do agente, mas a sua produção necessária os situa, também, como objetos do dolo direto [...]. O agente pode até lamentar, ou deplorar, a sua ocorrência, mas, se os representa como efeitos colaterais necessários (e, portanto, como parte inevitável da ação típica), então constituem o objeto do dolo direto”.

O dolo eventual, por sua vez, é definido pela doutrina brasileira como “quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado”¹¹⁹. O dolo eventual, segundo Damásio de Jesus, dirige-se à conduta, e não ao resultado, sendo que o agente apenas percebe que este é possível¹²⁰.

A doutrina parece concordar¹²¹ que o legislador equiparou todas as modalidades de dolo no artigo 18, inciso I, do Código Penal. Há divergência, contudo, no que tange à possibilidade de diferenciá-las no âmbito da pena: Bitencourt defende que o aplicador da lei poderia considerar a distinção das modalidades de dolo ao fazer a dosimetria da pena¹²², contudo Monteiro de Barros adverte que o dolo não integra o rol de circunstâncias judiciais elencadas no artigo

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., p. 138.

¹¹⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111. No mesmo sentido, BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 101., GRECO, Rogério. op. cit., p. 189., BRANDÃO, Claudio. op. cit., p. 175.

¹¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 319.

¹¹⁹ Ibidem. p. 321.

¹²⁰ JESUS, Damásio de. op. cit., p. 331. No mesmo sentido, ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit., p. 112., e TELES, Ney Moura. op. cit., p. 184.

¹²¹ Compartilham tal entendimento BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 237., JESUS, Damásio de. op. cit., p. 332., PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 371., NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 237., MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 128., RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. op. cit., p. 184., e ESTEFAM, André. op. cit., p. 198.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 314. Neste mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 371., GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 383., MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 130., e CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 229.

59 do Código Penal, não devendo ser confundido com os motivos de crime, que foram incluídos pelo legislador como parâmetro na dosagem da pena-base¹²³.

Por fim, verifica-se a influência da previsão do artigo 18, inciso I, do Código Penal nas lições dos autores brasileiros acerca do dolo, no sentido de que, por mais que tal definição não seja satisfatória, os doutrinadores parecem ater-se a ela e, assim, limitar suas considerações acerca do dolo no Direito penal brasileiro.

Parece ser ponto pacífico na doutrina que o legislador adotou os postulados do finalismo, sendo que alguns autores fazem tal afirmação expressamente em suas obras¹²⁴. Tem-se, assim, um cenário em que impera a teoria finalista: autores a adotam e, ademais, entendem que o próprio legislador compartilhou do mesmo posicionamento.

Registre-se que, apesar da adoção da concepção finalista pela ampla maioria doutrinária, os autores¹²⁵ ainda mencionam nas obras a diferença entre o dolo natural próprio do finalismo, em que a consciência da ilicitude é potencial e diz respeito à culpabilidade, e o dolo normativo defendido pelo causalismo, em que tal consciência é incluída no âmbito do dolo.

Os doutrinadores fazem referência, também, a classificações como dolo alternativo, cumulativo, geral, genérico, específico, determinado, indeterminado, premeditado e de ímpeto, as quais, conforme sublinha Luiz Regis Prado¹²⁶, mostram-se ultrapassadas pela própria adoção dos postulados do finalismo.

Finalmente, ao tratar da tripartição do dolo a doutrina preocupa-se com as teorias que o fundamentam, tema que se passará a analisar a seguir.

3.2.3 Teorias que fundamentam o dolo

¹²³ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 244. Neste mesmo sentido, JESUS, Damásio de. op. cit., p. 336., e NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 237.

¹²⁴ Neste sentido, CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 223., FRANCO, Alberto Silva. op. cit., p. 167., DOTTI, René Ariel. op. cit., p. 394., ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit., p. 111.

¹²⁵ Como NUCCI, Guilherme de Oliveira. op. cit., p. 233., BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 233., JESUS, Damásio de. op. cit., p. 338., ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit., p. 111., ESTEFAM, André. op. cit., p. 199., TELES, Ney Moura. op. cit., p. 183., ISHIDA, Válder Kenji. op. cit., p. 102., SOUZA, Artur de Brito Gueiros. op. cit., p. 192., GRECO, Rogério. op. cit., p. 191., CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 225.

¹²⁶ PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 372. No mesmo sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 237., BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 319.,

A expressiva maioria dos doutrinadores trata, ainda que de maneira breve, das principais teorias do dolo, quais sejam, a teoria da vontade, da representação e do consentimento, de modo resumido, incompleto e, até mesmo, equivocado.

A teoria da vontade, segundo Bitencourt, destaca o papel da vontade em detrimento do conhecimento (que não é negado, apenas ofuscado pelo elemento volitivo), de modo que o dolo é a “vontade consciente de realizar o fato criminoso”¹²⁷. Esta seria, segundo a doutrina majoritária, a teoria adotada no âmbito do dolo direto¹²⁸.

Já a teoria da representação defende que, para se ter dolo, basta a “representação subjetiva ou a previsão do resultado como certo ou provável”¹²⁹, de modo que o desejo de realizá-lo é prescindível¹³⁰. Há, portanto, um privilégio do momento intelectual, conforme aponta Flávio Augusto Monteiro de Barros¹³¹.

Finalmente, a teoria do consentimento indica que dolo é, simultaneamente, representação e vontade, de modo que apenas suplementa a teoria da vontade¹³². Sublinha Bitencourt:

Para a teoria do consentimento, também é dolo a vontade que, embora não dirigida diretamente ao resultado previsto como provável ou possível, consente na sua ocorrência ou, o que dá no mesmo, assume o risco de produzi-lo. A representação é necessária mas não suficiente à existência do dolo, e consentir na ocorrência do resultado, repetindo, é uma forma de querê-lo.¹³³

Pois bem. Afirmou-se, inicialmente, que a exposição de tais teorias pela doutrina brasileira se dá de forma reduzida e incompleta, o que se justifica por não haver um estudo aprofundado acerca de cada uma delas, evitando-se a menção aos problemas que inevitavelmente possuem.

De início, o que parece ser ignorado pelos autores brasileiros é a distinção feita por Ingeborg Puppe acerca do verbo “querer”:

¹²⁷ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 232.

¹²⁸ Partilham de tal entendimento: BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 232., ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit., p. 111., JESUS, Damásio de. op. cit., p. 331., MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 125., BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 101., ESTEFAM, André. op. cit., p. 197., TELES, Ney Moura. op. cit., p. 183., ISHIDA, Válder Kenji. op. cit., p. 99., BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 317., GRECO, Rogério. op. cit., p. 187., BRANDÃO, Claudio. op. cit., p. 175., CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 223.

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 316. Neste sentido também BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 100., TELES, Ney Moura. op. cit., p. 180., GRECO, Rogério. op. cit., p. 186., BRANDÃO, Claudio. op. cit., p. 174., CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 225.

¹³⁰ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit., p. 111.

¹³¹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 232.

¹³² Ibidem. p. 232.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 316.

Na linguagem jurídica e na cotidiana, o predicado 'querido' é empregado em dois sentidos completamente diversos, em um sentido descritivo-psicológico, e em um sentido atributivo-normativo. Em sentido descritivo-psicológico, a expressão 'o autor quis o resultado' significa que o autor o almejou, isto é, que tal resultado era a finalidade do seu agir. [...] Em sentido psicológico e descritivo, o predicativo 'querido' é idêntico ao predicativo 'almejado'. Em sentido atributivo, normativo, o enunciado 'o autor quis o resultado' significa que ele não poderá isentar-se de responsabilidade alegando que não o quis em sentido psicológico, que não o almejou.¹³⁴

A autora segue explicando, ainda, que no sentido psicológico há uma oposição entre querido e não-querido, enquanto que no sentido normativo a transição entre querer e não querer é fluída e não pode ser definida univocamente, pois as relações fáticas entre o comportamento do agente e o resultado, que a determinam, são quantificáveis. Puppe afirma que a teoria da vontade “parte da oposição contraditória entre querido e não-querido”¹³⁵, o que significa dizer que ela utiliza o verbo “querer” no sentido psicológico-descritivo, qual seja, como sinônimo de “almejar”, limitando-se, assim, ao âmbito do dolo direto de primeiro grau. A teoria da vontade, contudo, alcança o dolo direto de segundo grau, padecendo, portanto, de uma “utilização ambígua da palavra ‘querer’”¹³⁶, conforme constata Puppe.

A penalista indica, também, que na tentativa de construir um conceito unitário de vontade no âmbito do dolo, a teoria da vontade se vê forçada a buscar um “substituto para a vontade” no dolo direto de segundo grau e, principalmente, no dolo eventual, chegando, assim, à ideia de “estar de acordo” – equivalente a “assumir o risco” ou “aprovar em sentido jurídico”.

Segundo Puppe:

O problema é que não se diz ao juiz de fato o que significa a fórmula da assunção aprovadora do risco do resultado em sentido jurídico, ou seja, o que ele deve entender como provado. Sabe-se unicamente que essa fórmula não significa que o autor tenha desejado o resultado, que ele tenha uma disposição indiferente em relação a ele, ou que ele o tenha aprovado no sentido natural da palavra.¹³⁷

A autora conclui afirmando que a teoria da vontade utiliza-se do sentido coloquial da palavra dolo, entretanto defende um conceito estendido deste, o qual se afasta do sentido cotidiano do termo. As expressões a que recorre para esboçar este

¹³⁴ PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004. pp. 31-32.

¹³⁵ Ibidem. p. 33.

¹³⁶ Ibidem. p. 33.

¹³⁷ Ibidem. pp. 38-39.

conceito estendido de dolo, tais como “acolher em sua vontade”, “anuir”, “assumir o risco aprovando o resultado”, são empregadas tanto em sentido psicológico-descritivo quanto normativo-atributivo, tornando-se, assim, termos ambíguos¹³⁸.

Já no âmbito da teoria da representação, adverte Puppe que as diversas expressões utilizadas para descrever a representação do perigo, como “levar a sério” ou “juízo formulado de modo válido pelo autor”, carecem de precisão, de modo que não seriam aptas a constituir a fórmula adequada de dolo. Ademais, assim como a teoria da vontade, também a teoria da representação diferenciaria o dolo e a culpa a partir de um critério psicológico-descritivo, valendo-se da disposição interna do autor em face do perigo – dado meramente interno, a princípio inacessível¹³⁹. A autora refuta, portanto, também a teoria da representação, sublinhando que “a instância competente para decidir a respeito do significado jurídico do perigo reconhecido pelo autor não é ele próprio, mas sim o direito”¹⁴⁰.

Conclui-se, assim, que a análise feita pela doutrina brasileira, também no que tange às teorias que fundamentam o dolo, é bastante rasa. Uma vez apresentadas as três teorias, os autores limitam-se a afirmar que, no âmbito do dolo direto, foi adotada a teoria da vontade, ao passo que no que refere ao dolo eventual optou-se pela teoria do consentimento^{141 142}.

Os doutrinadores ignoram, por fim, o fato de que a adoção de duas teorias distintas no âmbito do dolo vai em sentido totalmente contrário ao da doutrina estrangeira¹⁴³, que sublinha de forma recorrente a necessidade de se ter uma teoria unitária do dolo, ou seja, uma definição e elementos compatíveis com as três modalidades existentes.

¹³⁸ Ibidem. p. 50.

¹³⁹ Ibidem. pp. 54-56.

¹⁴⁰ Ibidem. pp. 61-62.

¹⁴¹ Partilham de tal entendimento: BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 232., ANDREUCCI, Ricardo Antonio. op. cit., p. 111., FRANCO, Alberto Silva. op. cit., p. 169., JESUS, Damásio de. op. cit., p. 331., MIRABETE, Julio Fabbrini. op. cit., p. 125., BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 101., ESTEFAM, André. op. cit., p. 197., TELES, Ney Moura. op. cit., p. 183., ISHIDA, Válder Kenji. op. cit., p. 99., BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 317., GRECO, Rogério. op. cit., p. 187., BRANDÃO, Claudio. op. cit., p. 175., CAPEZ, Fernando. op. cit., p. 223.

¹⁴² Luiz Flávio Gomes indica que, no âmbito do dolo eventual, também tem pertinência a teoria da representação. GOMES, Luiz Flávio. op. cit., p. 379. Autores como Flávio Augusto Monteiro de Barros, Sheila Bierrenbach e Cezar Roberto Bitencourt entendem que tal teoria é insuficiente e, portanto, foi afastada pelo legislador. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. op. cit., p. 232., BIERRENBACH, Sheila. op. cit., p. 100., BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 316.

¹⁴³ María del Mar Díaz Pita indica ser esta tendência da “nova doutrina alemã” em DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994. pp. 41-46. Defendem a teoria unitária do dolo também LAURENZO COPELLO, Patricia. op. cit., pp. 183-184 e PUPPE, Ingeborg. op. cit., pp. 141-142.

Verificadas, portanto, as modernas tendências sobre o dolo na doutrina estrangeira, bem como delineado o cenário jurídico-penal brasileiro, passa-se à efetiva análise acerca compatibilidade entre a teoria da cegueira deliberada e o Direito penal pátrio.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Feitas as considerações necessárias acerca da teoria da cegueira deliberada no Direito comparado e do dolo no cenário jurídico-penal brasileiro, torna-se possível cumprir a tarefa a que se propôs inicialmente: analisar se a teoria da cegueira deliberada pode ser aplicada no Direito penal brasileiro e, em caso afirmativo, em que termos.

O próximo passo, para tanto, é analisar a entrada da ignorância deliberada na jurisprudência pátria, bem como lançar mão dos apontamentos feitos pelos autores brasileiros a este respeito¹⁴⁴, a fim de se visualizar a inserção da teoria da cegueira deliberada no panorama nacional.

4.1 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA JURISPRUDÊNCIA E PRÁXIS FORENSE BRASILEIRAS

Conforme mencionado no início deste trabalho, a teoria da cegueira deliberada já é citada na jurisprudência brasileira¹⁴⁵, ainda que de forma breve e rasa, com base sempre nos parâmetros informados pelo Direito norte americano.

O caso mais conhecido diz respeito à ação penal em que se buscou imputar a prática de lavagem de dinheiro a dois sujeitos que venderam diversos veículos a partícipes do célebre furto à caixa-forte do Banco Central de Fortaleza, em agosto de 2005¹⁴⁶.

¹⁴⁴ No cenário brasileiro, em relação à doutrina, observa-se que a entrada da teoria da cegueira deliberada se dá nos delitos de lavagem de dinheiro, sendo que os autores não chegam a aprofundar-se no estudo dos contornos da ignorância deliberada, realizando uma mera importação das ideias desenvolvidas no direito estrangeiro – especialmente no norte americano e no espanhol, tratadas no capítulo inicial deste trabalho. Deve-se pontuar, ainda, que, mesmo dentre os autores que se dedicam ao estudo específico do crime de lavagem de dinheiro, a tratativa da teoria da cegueira deliberada não é uma regra – pelo contrário, parece ser exceção. Em um universo de mais de uma dezena de livros dedicados ao estudo específico da lavagem de capitais, apenas três autores abordaram o tema da ignorância deliberada: MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. PRADO, Rodrigo Leite. *Dos crimes: aspectos subjetivos*. In Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. DI CARLI, Carla Veríssimo (coord.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. Por fim, FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011., cuja menção à teoria da cegueira deliberada só se deu em brevíssima nota de rodapé.

¹⁴⁵ Em consulta aos respectivos sítios, não foi localizado julgado contendo referência à cegueira deliberada no TRF da 1ª Região, tampouco no da 2ª ou 3ª Regiões.

¹⁴⁶ Trata-se da ação penal nº200581000145860, proveniente da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará. Disponível em <http://www.jfce.jus.br>. Acesso em 05/11/2012.

De início, conforme sublinha Sérgio Fernando Moro, deve-se ressaltar a larga utilidade que a doutrina da cegueira deliberada poderia ter no âmbito dos delitos de lavagem de dinheiro:

São elas [as construções em torno da cegueira deliberada] ainda especialmente valiosas nos casos já mencionados, em que o agente do crime antecedente não se confunde com o do crime de lavagem. Aquele que habitualmente se dedica à lavagem de dinheiro de forma autônoma, o profissional da lavagem, é usualmente indiferente à origem e natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos. [...] O cliente, ademais, não tem interesse em compartilhar as informações acerca da origem e natureza específica do provento do crime.¹⁴⁷

Rodrigo Leite Prado acrescenta que “mais do que uma questão de dificuldade de prova, trata-se de fenômeno inerente à própria ética da conduta incriminada, condensado na expressão ‘don’t ask, don’t tell’ (‘não pergunte, não conte’)”¹⁴⁸, restando, assim, demonstrada a grande relevância que a teoria da cegueira deliberada assume neste contexto.

Pois bem. No caso citado, o magistrado remete-se à teoria da cegueira deliberada¹⁴⁹ e, por meio desta, entende a possibilidade de se ter a prática de lavagem de dinheiro mediante atuação com dolo eventual. Na sequência, identifica nos réus, donos da loja em que se deu a venda de veículos, uma ignorância deliberada face às circunstâncias atípicas em que a negociação ocorreu. Vejamos:

[...] resta incontroverso que ocorreu a venda de onze veículos por parte da Brilhe Car e com a intervenção de José Charles, sendo que este sabia que o numerário utilizado tinha origem no furto ao Banco Central (art. 1º, V e VII, §1º, I, §2º, I e II da Lei 9.613/98), não sendo o caso dos irmãos José Elizomarte e Francisco Dermival que, ao que tudo indica, não possuíam tal percepção, mas certamente sabiam ser de origem ilícita. Conclui-se, assim, como fato incontroverso, que foi o réu JOSÉ CHARLES MACHADO DE MORAIS quem efetuou o pagamento de R\$ 980.000,00 em notas de cinquenta reais, referente aos onze veículos adquiridos da Brilhe Car, tendo os réus JOSÉ ELIZOMARTE FERNANDES VIEIRA E FRANCISCO DERMIVAL FERNANDES VIEIRA recebido tal importância sem questionamento, nem mesmo quando R\$ 250.000,00 foi deixado por José Charles para compras futuras (primeira conduta de lavagem de José Charles e única dos irmãos José Elizomarte e Francisco Dermival - art. 1º, V e VII, §1º, I, §2º, I e II da Lei 9.613/98, bem como art. 9º e 10º e seguintes da mesma lei).

¹⁴⁷ MORO, Sérgio Fernando. op. cit., p. 69.

¹⁴⁸ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., p. 230.

¹⁴⁹ Juiz Federal Danilo Fontenelle Sampaio, que prolatou sentença nos autos de ação penal nº200581000145860, da 11ª Vara da Seção Judiciária do Ceará, mencionados acima.

Neste caso, portanto, considerando o elevado grau de anormalidade das circunstâncias – primeiramente, a compra de onze veículos; em seguida, o pagamento à vista, em notas de cinquenta reais, da soma de R\$ 980.000,00 (novecentos e oitenta mil reais); e, finalmente, o fato de ter sido deixado em aberto, “para compras futuras”, o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) –, pode-se dizer que os acusados não sabiam efetivamente que o dinheiro era proveniente do furto à caixa-forte do Banco Central de Fortaleza. Estava óbvio, contudo, que sua origem era ilícita, de modo que a abstenção dos réus frente a tão suspeita negociação demonstra que houve uma opção por se manterem ignorantes acerca da proveniência de tais valores, visando, especialmente, à alta comissão que certamente receberiam pela venda dos onze veículos. Resta, assim, demonstrado o dolo eventual com que agiram os referidos acusados na prática do delito de lavagem de capitais, uma vez comprovado que assumiram o risco de realizar tal resultado ilícito.

Já em segundo grau, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região decidiu pela absolvição dos réus, sob o argumento de que o crime de lavagem de dinheiro somente abrigaria a atuação com dolo eventual com relação à conduta descrita no artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/1998, de modo que os tipos penais em que incorreram só poderiam ser praticados com dolo direto¹⁵⁰.

¹⁵⁰ O crime de lavagem de dinheiro está previsto na Lei nº 9.613/1998, nos seguintes termos:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

A doutrina concorda que, nas modalidades previstas nos parágrafos, em razão da presença de um especial fim de agir, não é possível admitir o dolo eventual. O debate se instala, contudo, em relação ao tipo penal trazido no *caput* do artigo 1º da Lei 9613/1998: autores como Sérgio Fernando Moro, Rodrigo Leite Prado, Rodolfo Tigre Maia e Wiliam Terra de Oliveira admitem o dolo eventual, sob o argumento de que a redação legal permite tal interpretação; já Antônio Pitombo, Marco Antônio Barros e Roberto Podval entendem que se deve ter, necessariamente, dolo direto, pois a intencionalidade própria deste delito, nos núcleos dissimular e ocultar, não dá espaço ao dolo eventual. Cf. MORO, Sérgio. op. cit. pp. 57-74; e PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., pp. 223-241.

Vale destacar, contudo, que do voto do Relator, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, extrai-se:

Entendo que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual.¹⁵¹

Entendimento diverso se extrai da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que em caso de estelionato chegou a reconhecer dolo direto na atuação de sujeito que se colocou, deliberadamente, em situação de cegueira perante os fatos:

À luz de tais considerações, concluo que a ré, dolosamente, ou seja, voluntária e conscientemente, manteve o Instituto Nacional do Seguro Social em erro para o fim de continuar recebendo fraudulentamente benefício previdenciário de pensão por morte do qual era beneficiária a Sra. ELVIRA SCHON. [...] Esse proceder omissivo é uma espécie de 'cegueira deliberada': a acusada preferiu continuar sacando os valores do benefício mensal, ao invés de se informar sobre a regularidade da situação. Daí preconizar a assertiva de que, além dos elementos objetivos e normativos previstos no tipo em questão, fez-se presente também o elemento subjetivo, que é, para o crime de estelionato, o dolo direto, é dizer, a vontade de obter para si, vantagem ilícita, no caso, benefício de pensão por morte, em prejuízo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mediante a ocultação da informação de óbito da beneficiária.¹⁵²

Note-se que, neste caso, o fato de a mãe da ré ter morrido e esta ter continuado a sacar o benefício a que aquela fazia jus sem, contudo, assegurar-se de que poderia fazê-lo, foi suficiente para que a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconhecesse o caráter doloso de sua conduta – e não eventual, mas direto, como expresso no trecho colacionado.

O reconhecimento do dolo direto em uma situação de cegueira deliberada, contudo, mostra-se incoerente. Ora, o dolo direto exige a antevisão do resultado ilícito e a vontade direta de produzi-lo, ao passo que a cegueira deliberada consiste em uma opção por não completar o quadro de conhecimento. As duas categorias,

¹⁵¹ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Segunda Turma, Apelação Criminal 5520/CE, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Julgamento em 09/09/2008, Publicado no Diário da Justiça de 22/10/2008. Disponível em http://www.trf5.jus.br/archive/2008/10/200581000145860_20081022.pdf. Acesso em 08/10/2012.

¹⁵² Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Oitava Turma, Apelação Criminal 0000870-49.2008.404.7006, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, Publicado no D.E. de 28/06/2012.

portanto, são totalmente incompatíveis, uma vez que o que falta em uma é exigido em outra.

Assim, a identificação do dolo direto no caso colacionado é de todo criticável, e acaba por demonstrar a imprecisão com que a teoria da cegueira deliberada é, por vezes, utilizada pelos tribunais brasileiros.

Há, ainda, na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a equiparação da cegueira deliberada a um “meio fraudulento”:

[...] o acusado admite que sabia que o recebimento do benefício assistencial dependia da renda e do número de pessoas na família. Contudo, mesmo recebendo adicionais salariais e até uma função gratificada, optou por continuar recebendo o benefício, omitindo mês a mês, ao gestor do programa, informações que levariam à cessação do pagamento do bolsa-família. Esse proceder omissivo é uma espécie de ‘cegueira deliberada’: o acusado preferiu continuar sacando os valores do benefício mensalmente, ao invés de informar ao gestor do programa que sua situação econômica tinha se alterado. Esse silêncio, inação, inércia do réu constitui um meio fraudulento, de acordo com a interpretação analógica permitida pelo caput do art. 171 do Código Penal (‘mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento’).¹⁵³

Nesta ocasião, o fato de que o réu sabia que o recebimento do benefício dependia do número de integrantes da família e de sua renda, e ainda assim deixou de informar dados que fariam com que cessasse tal recebimento e continuou percebendo-o consciente de que lhe era indevido, levou os desembargadores da Oitava Turma do Tribunal Regional da 4ª Região a entender que sua omissão constituiu verdadeiro meio fraudulento de obter para si vantagem ilícita, configurando-se, assim, o delito de estelionato.

Não obstante a menção expressa à teoria da cegueira deliberada no acórdão colacionado, a omissão do acusado, neste caso, não configura uma situação de ignorância deliberada, uma vez que não se trata de uma circunstância de desconhecimento voltado à realização do resultado. No caso em tela, a omissão de informação por parte do réu tinha, evidentemente, o propósito de evitar a fiscalização por parte do agente financeiro, ou seja, consistiu em mera turbação no conhecimento alheio.

Tal situação, portanto, foi erroneamente enquadrada como um caso de cegueira deliberada, o que explicita, novamente, o fato de que os contornos da

¹⁵³ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Oitava Turma, Apelação Criminal 0002106-90.2009.404.7009, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, Publicado no D.E. de 08/05/2012.

cegueira deliberada ainda não são suficientemente nítidos para os julgadores brasileiros, levando-os a cometer eventuais erros.

Verifica-se, por fim, um último julgado proveniente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que a teoria da cegueira deliberada foi aplicada no âmbito da sonegação tributária:

O apelante Celso ainda declarou que desde 1994 trabalhava com Alberto Youssef prestando-lhe serviços como de contabilidade, declaração de imposto de renda da pessoa jurídica e física (fl. 215-6). Desta forma, Celso tinha amplo conhecimento sobre as finanças de seu contratante, no entanto, sequer alegou que desconfiou dos montantes declarados em nome de Cristina. A disparidade entre os rendimentos da declarante Cristina e os valores por ela mantidos em moeda estrangeira são flagrantes, o que causa estranheza para qualquer leigo no assunto, quanto mais deveria causar a perito em tal matéria. Como bem analisaram os Procuradores da República (fl. 1561), na declaração de 1994 constou renda anual declarada de R\$ 69.268,76, sem qualquer outro rendimento, acompanhada da declaração de disponibilidade de moeda estrangeira no valor de US\$ 5.777.828,43. Para os anos seguintes, os números são similares [...]. Outrossim, não constam nas declarações quaisquer outros bens, exceto pequenas disponibilidades em moeda nacional. O magistrado a quo assim concluiu (fl. 1487):

‘[...] afigura-se evidente a disparidade, pois pessoa com renda de cerca de cinquenta mil reais usualmente não dispõe de milhões de dólares no exterior. Tal disparidade era suficiente para indicar a existência de fraude na declaração, com omissão ou falsidade de dados. Quer o acusado tenha sido informado diretamente da fraude ou não por Alberto Youssef, parece óbvio que fechou deliberadamente os olhos para ela. O crime é doloso não só quando o agente deseja o resultado, mas também quando assume o risco de produzi-lo (artigo 18, 1, do CP). Adotando-se a terminologia consagrada no Direito norte-americano, pode-se afirmar que o acusado agiu com ‘cegueira deliberada’ (willful blindness) [...].’

Desta forma, evidente que Celso tinha plenas condições - ainda mais sendo profissional experiente nessa área - para evidenciar que os dados fornecidos por Alberto eram fraudulentos ou pelo menos desconfiar de sua licitude, e, assim, não participar do ato para exatamente evitar sua responsabilização em um futuro processo criminal. No entanto, preferiu assumir o risco, o que por consequência gerou sua responsabilização pelo ato, por dolo eventual, por dar abrigo à sonegação tributária de Alberto.¹⁵⁴

Note-se que, novamente, o intérprete identifica dolo eventual por parte daquele que se mantém ignorante e prossegue atuando face a circunstâncias anormais, peculiares – neste caso, o disparate entre a renda declarada por seu cliente e o valor disponível em moeda estrangeira que este alegou possuir, agravado

¹⁵⁴ Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Sétima Turma, Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8, Relator Márcio Antônio Rocha, Publicado no D.E. 12/08/2010.

pelo fato de ser o réu não um leigo, mas um especialista no assunto já que trabalha como contador.

Ainda, pode-se encontrar na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul a aplicação da *willful blindness* em um caso de peculato:

A prática de entregar notas fiscais frias para o Secretário de Finanças demonstrou que a participação do acusado Aleuto Teixeira Lata foi instrumento de grande importância para a expropriação do patrimônio público. Destarte, é indubitável que um comerciante experiente tem plena consciência da única utilidade do recebimento de uma nota fiscal fria pela Prefeitura: justificar despesas irregulares. Isso basta para eliminar qualquer alegação de que não sabia qual era a utilidade das notas fiscais frias. Esta conduta é bastante semelhante àquela do agente que ignora propositalmente a origem ilícita do dinheiro, no crime de lavagem de capitais. Originada nos EUA, a 'Teoria da Cegueira Deliberada', também conhecida da 'Teoria das Instruções da Avestruz' (*Willful blindness* ou *ostrich instructions*), é admitida quando há prova de que o agente tinha conhecimento da elevada possibilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos eram provenientes de crime e quando há prova de que o agente agiu de modo indiferente. Dessa forma, não há maneira de sustentar que o acusado não tinha consciência e vontade de ver concretizado o crime de peculato. Ainda que não tenha atuação direta na retirada de dinheiro dos cofres municipais, sabia que sua atuação seria imprescindível para que outros conseguissem isso. Diante do exposto, pelos motivos mencionados, impõe-se a condenação de Aleuto Teixeira Lata, pelo crime descrito no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.¹⁵⁵

Resta evidente, neste caso, a atuação dolosa por parte do agente, que fornecia notas fiscais frias à Prefeitura. Ora, conforme enfatizado no trecho transcrito do acórdão, um comerciante experiente sabe que a utilização de notas fiscais frias pela Prefeitura destina-se à prática de irregularidades que culminam com o desvio de dinheiro público. Diante de tais circunstâncias, portanto, não se poderia imaginar que as notas fiscais fornecidas teriam outro fim que não este, de modo que se entendeu que a conduta do réu era manifestamente dolosa.

Note-se que, ainda que não tenha sido mencionado expressamente no curso do acórdão, pela descrição da valoração probatória apresentada no voto pode-se afirmar que neste caso reconheceu-se o dolo eventual na atuação do réu, haja vista que, considerando as informações de que dispunha, conclui-se que atuou assumindo o risco de produzir o resultado.

¹⁵⁵ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Seção Criminal, Apelação Criminal 29858, Relator Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, Julgamento em 18/02/2009, Publicação em 20/03/2009.

A teoria da cegueira deliberada tem aplicação, finalmente, na esfera dos crimes eleitorais, sendo mencionada em oito julgados do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia¹⁵⁶, no sentido de que os acusados assumiram o risco de praticar corrupção eleitoral, pois “mesmo seriamente considerando a possibilidade de realização do tipo legal, os agentes não se detiveram, conformando-se ao resultado”. Novamente, portanto, a interpretação remete ao dolo eventual.

Posto isso, é imperioso concluir que a jurisprudência brasileira já vem aplicando, ainda que de maneira bastante tímida, a teoria da cegueira deliberada, e não só nos crimes de lavagem de dinheiro, como geralmente ocorre, mas alcançando delitos como estelionato, peculato, sonegação fiscal e também corrupção eleitoral e, quando o faz corretamente, a identifica com a figura do dolo eventual.

Registre-se, além disso, que conforme observado nos julgados colacionados acima, a jurisprudência parece aferir o dolo pautando-se nas circunstâncias particulares a cada caso concreto. E mais: circunstâncias externas, objetivas.

Tal panorama vai de encontro à normativização de que se tratou no segundo capítulo deste trabalho, ou seja, a compreensão do dolo sob uma perspectiva normativa, segundo a qual o dolo é atribuição e será detectado por meio de indicadores externos.

Já se mencionou, igualmente, que no cenário brasileiro, ao menos no que tange à doutrina pátria, há um demasiado apego à noção de dolo ontológico, concebendo-o como algo que existe dentro da cabeça do sujeito e que o intérprete de alguma forma deveria alcançar para que se chegue à verdade real dos fatos.

Note-se que a adoção de um modelo significativo de ação, em que se trabalha com uma perspectiva normativa do dolo, significa abandonar a busca pela

¹⁵⁶ Seriam eles: Recurso Criminal nº 872351148, Acórdão nº 525/2010 de 30/11/2010, Relator Élcio Arruda, Publicação no DJE/TRE-RO de 06/12/2010; Recurso Criminal nº 89, Acórdão nº 506/2010 de 23/11/2010, Relator Élcio Arruda, Publicação no DJE/TRE-RO de 30/11/2010; Recurso Criminal nº 98, Acórdão nº 66/2009 de 24/03/2009, Relator Élcio Arruda, Publicação no DJ de 3/4/2009; Ação Penal nº 38, Acórdão nº 744/2008, Relator Élcio Arruda, Publicação no DJ de 09/12/2008; Apelação Criminal nº 89, Acórdão nº 171/2008, Relator Élcio Arruda, Publicação no DJ de 2/6/2008; Apelação Criminal nº 88, Acórdão nº 97/2008, Relator Élcio Arruda, Publicação no DJ de 25/4/2007; Embargos Infringentes em Apelação Criminal nº 65, Acórdão nº 500/2007, Relator Élcio Arruda, Publicação no DJ de 7/1/2008; e Apelação Criminal nº 80, Acórdão nº 490/2007, Relator Paulo Rogério José, Publicação no DJ de 3/12/2007.

verdade dos fatos por meio do processo penal, contentando-se com aquela versão dos fatos que melhor se justificar por meio do processo¹⁵⁷.

Vives Antón, entendendo que o abandono da ideia de verdade seria algo demasiadamente irreal, propõe uma reabilitação deste termo: a verdade deve ser identificada como uma certeza objetiva, tendo em vista que o princípio da legalidade nada mais é do que a exigência da certeza no Direito¹⁵⁸.

Carlos Matínez-Buján Pérez destaca que a construção de Vives Antón é guiada, primeiramente, por uma ideia de justiça, portanto

Para transmitir e refletir os distintos valores reconduzíveis ao valor da justiça, as normas penais aspiram, de forma mais imediata, a ser válidas e legítimas, e essa aspiração requer uma justificação procedimental, que pressupõe que as normas não pretendam a busca de uma espécie de verdade absoluta, senão uma mera aproximação a ela.¹⁵⁹

A aludida pretensão geral de justiça oferece duas vertentes: na primeira, verifica-se se a norma está racionalmente fundada, ou seja, se é legítima; na outra, deve-se verificar se a norma está corretamente aplicada ao caso concreto. Neste último sentido, há uma decomposição da pretensão de verdade em várias outras pretensões de validade parciais e mais concretas, específicas da norma (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade)¹⁶⁰.

O fato de os autores brasileiros pregarem a busca pela verdade real dos fatos¹⁶¹, ancorada em uma concepção ontológica de dolo, portanto, explicita a existência de um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência pátrias: enquanto aquela se mantém presa a uma noção ontológica de dolo – superada, ao menos na esfera internacional e nas opiniões mais avançadas do cenário local –, esta parece avançar independentemente, aplicando uma noção normativa de dolo, tão defendida e valorizada no Direito comparado.

¹⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 926.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 962.

¹⁵⁹ MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 43.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 47.

¹⁶¹ Defende Luiz Regis Prado que “a ação penal é o momento da persecução do crime no qual se concretiza a acusação contra seu autor; através dela instaura-se o processo penal, vale dizer, a instrução judicial contraditória, e invoca-se a aplicação da pena, se verificada a procedência da acusação em face da verdade real”. PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 761. Juarez Cirino dos Santos, neste mesmo sentido, afirma que o processo penal constitui “uma relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados”. SANTOS, Juarez Cirino dos. op. cit., pp. 623-624.

Por outro lado, temos, no cenário jurisprudencial brasileiro, a compreensão do dolo em termos normativos, aferido segundo a tese dos indicadores externos propostos por Hassemer, ainda que, tecnicamente, não se faça referência a este dado, muito, talvez, por desconhecimento técnico de parte dos julgadores.

Também sem referir expressamente à tese de Hassemer, alguns autores que tratam especificamente do tema da lavagem de dinheiro parecem reconhecer que o elemento subjetivo do tipo decorre de indicadores. Por exemplo:

[...] dependendo do caso, da prova dos elementos e circunstâncias objetivas do crime de lavagem, poder-se-á concluir pela presença do elemento subjetivo. [...] é possível argumentar que a magnitude e a dimensão desses elementos e circunstâncias têm aqui um papel, tornando implausíveis, dependendo do caso, as escusas do agente de desconhecimento acerca do que estaria ocorrendo. De forma semelhante, a presença de circunstâncias extravagantes ou extraordinárias na conduta objetiva, que fuja ao usual ou ao padrão de mercado, pode levar igualmente a conclusão da espécie.¹⁶²

Prado chega a exemplificar situações em que as circunstâncias fáticas podem constituir indícios do dolo no delito de lavagem de capitais, citando, dentre elas, o envolvimento de pessoas jurídicas sem atividade operacional, o salto do faturamento de pessoas jurídicas sem razão aparente e a utilização injustificada de grande número de contas bancárias¹⁶³.

Segundo este autor, a aferição do elemento subjetivo a partir de circunstâncias fáticas objetivas como estas é recomendada, inclusive, em tratados internacionais, tais como a Convenção de Viena, as Recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional) e o Regulamento Modelo da OEA (Organização dos Estados Americanos)¹⁶⁴.

Christian Laufer, da mesma forma, adverte que “o estudo deve se concentrar naquilo que o agente já sabe, ou seja, na existência ou ausência de representação das pertinentes circunstâncias do fato”¹⁶⁵.

Não obstante, esta é exatamente a tendência da jurisprudência nacional quando aplica a teoria da cegueira deliberada: buscar em elementos externos – circunstâncias objetivas – a indicação do conhecimento de que dispunha o agente

¹⁶² MORO, Sérgio Fernando. op. cit., p. 72.

¹⁶³ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., pp. 236-237.

¹⁶⁴ Ibidem. pp. 236-237.

¹⁶⁵ LAUFER, Christian. “Breves considerações sobre o instituto da ignorância deliberada”. Artigo ainda inédito, apresentado no Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado em Direito, da Universidade Federal do Paraná em 2010. p. 8.

no momento da ação, aferindo, caso possível, o caráter doloso de sua conduta, o que implica em uma aproximação da noção de dolo normativo em detrimento de uma perspectiva ontológica.

4.2 PROBLEMAS QUE RONDAM A IMPORTAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ragués i Vallès, em sua obra, trata por diversas vezes de inconvenientes à importação da teoria da cegueira deliberada para o sistema espanhol – argumentos que se passará a analisar em relação ao ordenamento brasileiro, a fim de se investigar, primeiramente, se a aplicação da teoria é, em si, algo desejável.

O penalista, de início, indica que a teoria da cegueira deliberada não tem contornos nítidos ainda nos países em que vem sendo aplicada há mais de cem anos. A inclusão, portanto, de um “corpo estranho” proveniente da *Common Law* acabaria por complicar ainda mais o já complexo debate acerca do conceito de dolo.

Não se deve perder de vista, contudo, que o sistema da *Common Law* é tópico, e não conceitual, de modo que a falta de uniformidade nas decisões e teses acerca da cegueira deliberada não significa fragilidade desta, mas consiste, na verdade, em uma consequência do método utilizado.

Ademais, a via dos grupos de casos, própria da *Common Law*, já foi utilizada por Roxin para explicar a imputação objetiva, pois se tem, assim, uma concretização do método, de modo que “o aplicador do Direito não se vê mais diante da indeterminação e da abstração, mas sim de tipologias relativamente concretas de casos, que se mostram suficientemente manuseáveis e seguras”¹⁶⁶.

Roxin atenta, ainda, para o fato de que tal método é pouco conhecido na *Civil Law* e que demanda um especial cuidado na descrição das características do grupo, a fim de evitar equívocos¹⁶⁷.

Tomadas tais precauções, contudo, o método do grupo de casos consiste em verdadeiro instrumento para reduzir o nível de abstração e “deixar a realidade penetrar no sistema”¹⁶⁸, como ressalta Roxin – razão pela qual sua utilização no

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 73.

¹⁶⁷ Ibidem. pp. 166-168.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 72.

âmbito da teoria da cegueira deliberada, já que originária da *Common Law*, não há que ser obstáculo a sua importação ao Direito brasileiro.

Em segundo lugar, Ragués i Vallès defende que a grande maioria dos casos de ignorância deliberada pode, no direito continental, ser resolvida por meio da figura do dolo eventual, de modo que a importação da teoria da cegueira deliberada mostra-se basicamente inútil.

Conforme exposto, os casos de cegueira deliberada são mesmo abrangidos pelo dolo eventual, contudo não se deve reputar inútil a importação da teoria, pois a cegueira deliberada e o dolo eventual não são categorias coincidentes. Isto é, ainda que todos os casos de cegueira deliberada sejam casos de dolo eventual, nem todos os casos de dolo eventual são também situações de cegueira deliberada, uma vez que esta consiste em um grupo de casos dentro daquele. O estudo da teoria, portanto, faz-se necessário para que se possa delimitar, com propriedade, o grupo de casos de ignorância deliberada.

Finalmente, o doutrinador espanhol adverte sobre

o perigo de que os tribunais [...], adaptando-a [teoria da cegueira deliberada] segundo suas conveniências, a acabem utilizando como um subterfúgio para eludir seus deveres de motivação no que diz respeito à prova do conhecimento em que se baseia a aplicação da figura do dolo eventual.¹⁶⁹

Ora, o estudo aprofundado da teoria da cegueira deliberada, ou seja, a doutrina explicitando o contorno deste instituto, leva à uniformização da jurisprudência, prevenindo-se, assim, a ocorrência de equívocos como os mencionados anteriormente. Destarte, a adaptação da teoria pelos tribunais “conforme sua conveniência”, como teme Ragués i Vallès, é mera demonstração da necessidade de se estudar mais a fundo a cegueira deliberada, e não desestímulo a sua importação, como defende o espanhol.

Ragués i Vallès atenta, ainda, para possíveis obstáculos legais para a aplicação da teoria da cegueira deliberada, os quais serão abordados mais detalhadamente a seguir.

4.3 DÚVIDAS DE LEGALIDADE

¹⁶⁹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 101.

Uma vez demonstrada a utilidade que a teoria da cegueira deliberada aparenta ter, inclusive por sua aplicação em situações diversas e envolvendo crimes diferentes já na jurisprudência brasileira, faz-se necessário analisar se sua importação ao cenário jurídico-penal pátrio não esbarra em questões de legalidade.

Conforme visto, a jurisprudência nacional já vem utilizando a teoria da cegueira deliberada e, quando as circunstâncias fáticas permitem, reconhece-se o dolo eventual na atuação do agente – havendo exceções em que se chegou a identificar até mesmo o dolo direto.

A esparsa doutrina brasileira que trata da ignorância deliberada, por sua vez, não vislumbra problemas na aplicação da teoria no Direito penal brasileiro, conforme destaca Sérgio Fernando Moro ao tratar do elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro:

Desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da ‘ignorância deliberada’, ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosas dos bens, direitos e valores envolvidos e quiçá de que ele escolheu agir e permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos, ou seja, desde que presentes os elementos cognoscitivo e volitivo, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta.¹⁷⁰

Neste sentido, também se posiciona Rodrigo Leite Prado:

Nos casos em que a teoria da cegueira deliberada é empregada como meio para inferir a concorrência dos elementos cognoscitivo ou volitivo do dolo eventual – assim compreendido, consoante a corrente teoria do consentimento, como a aceitação do resultado representado como provável pelo delinquente – inexistente, à evidência, qualquer óbice positivo à sua utilização.¹⁷¹

Contudo, os autores parecem restringir-se ao âmbito do dolo eventual – idéia esta que Prado deixa ainda mais explícita quando afirma que “a incerteza sobre algo que se devia saber para praticar um crime, mas não inibiu a conduta, não só integra o cotidiano da vida forense, como invariavelmente se capitula no art. 18, I, *in fine* do Código Penal”¹⁷².

Prado estende, inclusive, o reconhecimento do dolo eventual aos casos de ignorância deliberada *stricto sensu*, quais sejam, aqueles em que a decisão

¹⁷⁰ MORO, Sérgio Fernando. op. cit., p. 69.

¹⁷¹ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., p. 240.

¹⁷² Ibidem. p. 234.

deliberada do agente de se manter na ignorância acerca de dados penalmente relevantes visa a impedir a representação concreta do resultado, de modo a isentar-se de responsabilidade futuramente. Preleciona o autor que

atuaria com dolo eventual, assumindo o risco de produzir o resultado, o agente que, ciente do risco da prática de um delito em sua esfera de domínio factual, optasse por privar-se, mediante a prática de uma conduta comissiva, do conhecimento de tal realidade, deixando de prevenir o branqueamento.¹⁷³

Ragués i Vallès, ao analisar a legalidade da teoria da cegueira deliberada no sistema espanhol atem-se a duas searas: a do conceito de erro e a do conceito de dolo, esferas estas que merecem um estudo pormenorizado.

4.3.1 Conceito de dolo

Em relação ao conceito de dolo, afirma Ragués i Vallès que

nos sistemas jurídicos em que se optou por definir legalmente o dolo exigindo, de maneira direta ou indireta, conhecimento de determinados elementos típicos, afirmar que é conhecedor quem atua em um estado de ignorância a respeito de tais elementos parece impossível sem forçar a letra de lei para além do desejável: tratar-se-ia de uma autêntica ‘contradictio in terminis’ dificilmente aceitável por um princípio da legalidade que queira conservar uma mínima vigência.¹⁷⁴

Pois bem. Conforme exposto no capítulo inicial deste estudo, a jurisprudência espanhola chegou ao ponto de considerar a ignorância deliberada uma nova modalidade de imputação subjetiva, diferente do dolo, mas que merecesse a mesma resposta punitiva que ele. Tal entendimento, tido por Christian Laufer como verdadeira “banalização da expressão ‘cegueira deliberada’”¹⁷⁵, não é o que aqui se defende, especialmente em razão da ressalva feita por Ragués i Vallès: a presença de um conceito de dolo na legislação brasileira¹⁷⁶.

Rodrigo Leite Prado posiciona-se de forma semelhante, advertindo que

¹⁷³ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., p. 241.

¹⁷⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 196.

¹⁷⁵ LAUFER, Christian. op. cit., p. 4.

¹⁷⁶ Neste sentido, Rogério Filippetto, que concorda com a identificação do dolo eventual na construção da cegueira deliberada a despeito da hipótese de ter esta uma feição própria. FILIPPETTO, Rogério. op. cit., p. 165.

parece intransponível a barreira da criação de um terceiro título de imputação dolosa no Direito brasileiro, a par do dolo direto e do dolo eventual. Isso porque qualquer solução proposta, em respeito ao princípio da legalidade, terá que adaptar-se aos limites do cânon segundo o qual 'o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo' (Código Penal, art. 18, I).¹⁷⁷

Está-se a defender, portanto, o enquadramento da cegueira deliberada como uma das incontáveis possibilidades de situações em que o agente atua assumindo o risco de produzir o resultado – configurando-se uma atuação com dolo eventual.

Feita tal advertência, absolutamente imprescindível face ao protagonismo do princípio da legalidade no cenário jurídico-penal brasileiro, passa-se à análise da previsão do artigo 18, inciso I, do Código Penal: dolo é querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo.

Registre-se que, conforme mencionado anteriormente, nas situações de ignorância deliberada não é possível identificar o dolo direto, já que este demanda a previsão do resultado ilícito e a vontade de realizá-lo, e a cegueira deliberada consiste justamente na incompletude do quadro de conhecimento.

Nos moldes do artigo 18, inciso I, do Código Penal: não se pode dizer que o sujeito queria um resultado se ele ignorava dados que o fariam antever a realização deste resultado, ou seja, se ele não tinha condições de prever sua concretização.

Não há que se falar, ainda, em atuação culposa por parte do agente que se coloca conscientemente em posição de ignorância, seja em termos de culpa inconsciente ou mesmo de culpa consciente.

A fronteira entre o dolo eventual e a culpa é traçada pelo binômio previsão/previsibilidade. Explica-se: no dolo eventual, o agente tem a previsão do resultado, ou seja, pode antever sua realização; já na culpa consciente, há tão somente previsibilidade, o que implica em mera noção de previsão da possibilidade de realização do ilícito¹⁷⁸.

Ora, não se pode dizer que o sujeito que atua em situação de cegueira deliberada lança mão de mera previsibilidade do resultado: o fato de ter ele optado por ignorar dados penalmente relevantes demonstra que consegue antever a realização do ilícito naquela situação.

¹⁷⁷ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., p. 240.

¹⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Ainda, a cegueira deliberada é incompatível com a idéia de que o agente confia na não realização do resultado, pois para confiar deveria buscar as informações relevantes àquela situação. Quem decide desconhecer dados penalmente relevantes, portanto, está assumindo o risco de realização do ilícito.

Daí que os casos de cegueira deliberada só podem integrar, invariavelmente, as hipóteses de dolo eventual.

Na definição legal de dolo eventual – assunção do risco de produção do resultado ilícito – não se trata diretamente dos elementos do dolo, apontados pela doutrina como sendo consciência e vontade.

Christian Laufer afirma que, ainda que o legislador tenha priorizado o elemento volitivo, o elemento cognitivo é exigido pelo legislador de maneira implícita, cabendo, assim, à doutrina determinar o alcance necessário destes componentes para que se possa falar em dolo.

O próprio Laufer, contudo, faz referência à obra de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, em que se leciona que atua com dolo eventual o sujeito que não tem certeza acerca da existência de elementos que o tipo objetivo requer e, mesmo assim, age, de modo que aceita a possibilidade de que efetivamente existam¹⁷⁹.

Ainda em relação ao conhecimento, parece correto afirmar que basta a representação do resultado como possível, uma vez que o dolo se configura já na assunção do risco de produção deste.

Ora, a situação em que o sujeito, deliberadamente ignorante em relação a determinados dados relevantes à prática delitiva em questão, prossegue atuando mesmo que as circunstâncias fáticas sejam peculiares, alertando-o acerca do perigo de realização efetiva do resultado criminoso, consiste em verdadeira hipótese de dolo eventual.

Isto significa dizer que a previsão legal do artigo 18, inciso I, do Código Penal, não é óbice à aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento brasileiro. Muito pelo contrário: a definição de dolo eventual trazida pelo legislador é ampla o suficiente para incluir casos de ignorância deliberada.

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. pp. 500-501. Neste mesmo sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 127.

4.3.2 Conceito de erro

Com relação ao conceito de erro, Ragués i Vallès defende que os casos de desconhecimento provocado devem ser excluídos deste grupo, tendo em vista que

não pode errar aquele que não tem interesse em conhecer. Em outras palavras, quem não tem a mínima intenção de saber não se equivoca com seu desconhecimento, ou não emite nenhum juízo falso sobre a realidade, precisamente porque o que busca é não ter que emitir juízo algum.¹⁸⁰

O espanhol, portanto, entende que erro e ignorância são situações bastante distintas, de modo que não haveria impedimento algum para que recebessem também eventual tratamento distinto no âmbito jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, o legislador tratou o erro sobre elementos do tipo no artigo 20 do Código Penal: “o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Já o erro de proibição foi abordado no artigo 21 do Código Penal:

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

Cezar Roberto Bitencourt, em sentido contrário ao que defende Ragués i Vallès, entende que o erro de proibição inclui a ignorância, sob a forma de desconhecimento da lei.

Preleciona o doutrinador brasileiro:

A *ignorantia legis* é matéria de aplicação da lei que, por ficção jurídica, se presume conhecida por todos. Enquanto erro de proibição é matéria de culpabilidade, num aspecto inteiramente diverso. [...] A incidência é exatamente esta: a relação que existe entre a lei, em abstrato, e o conhecimento que alguém possa ter de que seu comportamento esteja contrariando a norma legal.¹⁸¹

¹⁸⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 197.

¹⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 438.

Bitencourt entende, portanto, como erro de proibição as situações em que o agente desconhece a ilicitude de seu comportamento, e não aquelas em que se verifica o desconhecimento de uma norma legal.

Daí, portanto, que a separação entre erro e ignorância defendida por Ragués i Vallès cai por terra face ao ordenamento jurídico brasileiro, em que o desconhecimento é também abarcado pelas hipóteses de erro previstas pelo legislador.

E mais: se o agente que atua desconhecendo o caráter ilícito de sua conduta age em erro de proibição, pode-se dizer que o sujeito que atua em situação de cegueira deliberada faz jus ao mesmo tratamento, como alerta Paulo César Busato¹⁸².

Ora, o agente que atua com ignorância deliberada deixa de cumprir o dever de se informar, agindo com desconhecimento deliberado acerca da ilicitude de seus atos. E tal abstenção é tida como inaceitável pelo legislador, conforme se extrai do artigo 21 do Código Penal.

O ignorante deliberado, note-se, atua desconhecendo a ilicitude de sua conduta, desconhecimento este absolutamente imputável à opção do sujeito de ignorar determinados dados penalmente relevantes. O erro de proibição, portanto, é manifestamente vencível, razão pela qual deve-se operar, tão somente, a redução de pena prevista na parte final do artigo 21 do Código Penal, e não a isenção prescrita para situações de erro invencível.

Busato propõe, destarte, que o grupo de casos de ignorância deliberada integra o dolo eventual, devendo ser tratado como hipótese dolosa eventual conjugada ao erro inescusável de proibição – o que implica, necessariamente, em redução da carga penal imposta, conforme determinado pelo legislador no artigo 21 do Código Penal.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restaram devidamente exploradas as questões de legalidade que poderiam, a princípio, obstar a aplicação da teoria da cegueira deliberada no Direito penal brasileiro.

¹⁸² BUSATO, Paulo César. Direito penal. Parte geral. São Paulo: Atlas. No prelo.

Ultrapassada a barreira legal, deve-se atentar aos julgados analisados no início deste capítulo, os quais demonstram a possibilidade de a cegueira deliberada consistir em hipótese de dolo eventual na práxis forense.

Com exceção do caso em que o réu deixou de informar mudança em sua renda (alteração esta que cessaria o recebimento de benefício), em que, conforme já exposto, não se trata de cegueira deliberada, pois o agente não atua com desconhecimento, mas sim provoca desconhecimento alheio, temos outras cinco situações em que o sujeito optou por manter-se ignorante em relação a dados penalmente relevantes, nas quais foi possível reconhecer dolo eventual nas condutas a partir do raciocínio da assunção do risco de produção do resultado ilícito face às circunstâncias objetivas presentes no caso concreto.

Ademais, em todas estas situações o desconhecimento, fruto de uma opção do sujeito, era facilmente sanável por ele, configurando-se, assim, como verdadeiro erro de proibição evitável.

O que se propõe, portanto, é que o tratamento mais adequado a tais situações seria a identificação do dolo eventual nas condutas dos réus, conjugado ao erro de proibição vencível, de modo que os acusados fariam jus à redução da carga penal nos parâmetros informados pelo artigo 21 do Código Penal.

Registre-se, por fim, que esta proposta, a par da identificação do erro de proibição na conduta do ignorante deliberado, ou seja, no que tange à identificação da cegueira deliberada como grupo de casos de dolo eventual, é menos ousada do que parece, tendo em vista que o Direito brasileiro já convive com a teoria da cegueira deliberada, conforme indica Rodrigo Leite Prado¹⁸³.

A presença da *willful blindness* na jurisprudência foi amplamente tratada no início deste capítulo, entretanto Prado adverte que também textos legais vigentes no Brasil já abordam a ideia da ignorância provocada.

O autor se refere ao já citado Regulamento Modelo da OEA sobre Delitos de Lavagem¹⁸⁴, cujo artigo 2º dispõe: “1. Comete delito penal a pessoa que converter, transferir ou transportar bens conscientemente, devendo saber ou *ignorando*

¹⁸³ PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., p. 241.

¹⁸⁴ Prado informa que tal dispositivo faz parte do Direito brasileiro pois o Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem da OEA foi votado pelo Brasil. PRADO, Rodrigo Leite. op. cit., p. 241.

intencionalmente, que tais bens sejam produto de um delito de tráfico de drogas ou de outros delitos graves”¹⁸⁵.

A teoria da cegueira deliberada iria, ainda, de encontro ao instituto da *actio libera in causa*, positivada no artigo 28, inciso II, do Código Penal¹⁸⁶, já que ambas compartilham a ideia de que ninguém pode se beneficiar de uma causa de exclusão de responsabilidade penal que provocou.

A conclusão a que se chega, por conseguinte, é que a teoria da cegueira deliberada é plenamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, consistindo em grupo de casos em que se identifica atuação dolosa eventual por parte do agente, que age, também, em erro vencível de proibição, merecendo, assim, a redução de pena prevista no artigo 21 do Código Penal.

¹⁸⁵ Ragués i Vallès cita tal previsão e afirma que ela “pode acabar sendo assumida como pauta interpretativa na aplicação do direito interno de alguns estados tradicionalmente alheios à equiparação entre conhecimento e ignorância provocada”. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. op. cit., p. 82.

¹⁸⁶ O artigo 28, inciso II, do Código Penal prevê que a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal.

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, tratou-se da origem da cegueira deliberada e sua evolução no Direito comparado. Verificou-se, ainda, que a doutrina estrangeira discorda acerca do conceito e delimitação da ignorância deliberada, surgindo diversas propostas neste âmbito. Após analisar algumas delas, contudo, optou-se por entender como cegueira deliberada um grupo de casos em que o sujeito atua ignorando dados penalmente relevantes à sua conduta, a qual acaba por realizar um resultado ilícito.

No segundo capítulo, o foco foi o dolo: após sucinto retrospecto histórico, tratando brevemente das teorias mais significativas desenvolvidas ao longo dos anos, chegou-se ao cenário jurídico-penal brasileiro. Fez-se, então, um estudo acerca do perfil legislativo e também doutrinário do dolo no Brasil, concluindo-se que há na doutrina pátria um apego à concepção finalista de dolo, concebendo-o, portanto, numa perspectiva ontológica, já superada no âmbito do Direito comparado.

Finalmente, no terceiro capítulo analisou-se a entrada que a teoria da cegueira deliberada já tem no Direito penal brasileiro, seja na jurisprudência ou na doutrina. Após explorar os problemas que poderiam impedir a importação da teoria da cegueira deliberada para o ordenamento jurídico brasileiro, entre eles supostas barreiras colocadas pelo legislador, concluiu-se que no cenário jurídico-penal brasileiro há espaço para a teoria da cegueira deliberada. Tais casos integram o dolo eventual, devendo ser tratados, ainda, como hipótese de erro de proibição vencível, merecendo o agente a redução de pena prevista no artigo 21 do Código Penal.

BIBLIOGRAFIA

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal, parte geral: v. 1*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIERRENBACH, Sheila. *Teoria do crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Claudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31.12.1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25.11.2012.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Atlas. No prelo.

BUSATO, Paulo César; DÍAZ PITA, María del Mar; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de direito penal*. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ESTEFAM, André. *Direito penal, volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FILIPPETTO, Rogério. *Lavagem de dinheiro: crime econômico da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em direito penal: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

ISHIDA, Válter Kenji. *Curso de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, volume 1: parte geral*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LAUFER, Christian. “*Breves considerações sobre o instituto da ignorância deliberada*”. Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós Graduação em Direito, Mestrado em Direito, 2010.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*. 28. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2012.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Temis, 1976.

MORO, Sérgio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 7. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 7. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Rodrigo Leite. *Dos crimes: aspectos subjetivos*. In *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. DI CARLI, Carla Veríssimo (coord.). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Barueri: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *La ignorancia deliberada en derecho penal*. Barcelona: Editora Atelier, 2007.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Fundamentos do direito penal brasileiro: lei penal e teoria geral do crime*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal - parte geral*. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.